Die Appellation im aargauischen Zivilprozess

DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern vorgelegt
von

Walter Dällenbach
Fürsprecher in Brugg

1930
Arnold Fricker, Buchdruckerei, Frick

Die Appellation im aargauischen Zivilprozess

DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern vorgelegt
von

Walter Dällenbach
Fürsprecher in Brugg

1930
Arnold Fricker, Buchdruckerei, Frick

Den lieben Eltern in Dankbarkeit gewidmet!

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSÜBERSICHT

I. Rechtscharakter der Appellation und ihre Stellung im Rechtsmittelsystem 5

II. Voraussetzungen der Appellation 12

A. Objektive Voraussetzungen 12

1. Appellable Entscheide 12

2. Appellationssumme 21

B. Subjektive Voraussetzungen 30

1. Benachteiligung des Appellanten 30

2. Legitimation 32

3. Ausschluss der Appellation durch Parteidisposition . 35

III. Die Appellationsformalien 38

1. Die Frist 38

2. Form der Einlegung 40

3. Die Taxe 43

IV. Die Wirkungen der Einreichung der Appellation 45

1. Suspensiv- und Devolutiveffekt 45

2. Die Anschlussappellation 47

V. Das Appellationsverfahren 51

1. Das Einlegungsstadium 51

2. Das Prüfungsstadium 52

3. Die materielle Behandlung und Beurteilung . . . 55

VI. Der Appellationsentscheid 61

1. Abschreibungsbeschluss 61

2. Nichteintretensentscheid 62

3. Sachentscheid 63

4. Die Rechtsmittel gegen den Appellationsentscheid . . 67

LITERATUR

Burckhardt, Komm. zur Bundesverfassung, Bern 1914.

Garsonnet, Précis de procedure civile française, Paris 1902.

Keller, Die neue Zivilprozessordnung für den Kt. Aargau, Aarau 1913.

Kries, Rechtsmittel.

Morf, Die Handelsgerichte in der Schweiz, Diss. jur., Bern 1922.

Leuch, Die Zivilprozessordnung für den Kt. Bern, Bern 1922.

Neumann, Komm. zur österr. Zivilprozessordnung, Wien 1905.

Plank, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, München 1896.

Renaud, Lehrbuch des gemeinen Zivilprozesses, Leipzig 1873.

Reichel, Komm. zum Gesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, Bern 1896.

Steiner, Neuere Entscheide des aarg. Obergerichtes, Aarau 1925.

Steiner, Die Appellation im schweiz. Zivilprozessrecht, Diss., Bern 1906.

Schneider, Aargauisches Rechtsbuch, Aarau 1912 und 1925.

Thormann, Urteil und prozessleitende Verfügung, Bern 1899.

Thur, Allg. Teil des schweiz. OR, Tübingen 1924.

Weiss, Die Berufung an das Bundesgericht, Bern 1908.

Zumbühl, Die Appellation im Rechtsmittelsystem d. bern. ZPO, Diss. jur., Bern 1927.

Aargauische Gesetzessammlung.

Entscheidungen des Bundesgerichts.

Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung.

Jahresberichte des aargauischen Obergerichtes.

Entwurf zu einer aargauischen Zivilprozessordnung vom 15. Februar 1800.

Zivilprozessordnung für den Kt. Aargau, Ergebnis der ersten Beratung des Grossen Rates vom 28. November 1888.

Zivilprozessordnung für den Kt. Aargau, Vorschlag der Grossratskommission vom 4. Mai 1899.

I.

Rechtscharakter der Appellation und ihre Stellung im Rechtsmittelsystem.

1. In der Entwicklungsgeschichte des aargauischen Zivilprozesses stellt die gegenwärtige «Civilprozessordnung für den Kanton Aargau» vom 12. März 1900 die dritte Etappe dar.

Die älteste «Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten» vom 6. Brachmonat 1838 stellte schon insofern ein fortschrittliches Prozessrecht dar, als Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens sanktioniert waren und ein gegliedertes Rechtsmittelverfahren den Parteien zu Gebote stand. Allein die Mündlichkeit war in appellablen Rechtssachen nur fakultiv. Es stand jeder Partei frei, ob sie ihre Rechtssache schriftlich oder mündlich verhandeln wolle (§ 116). Es galten ferner strenge Verhandlungsmaxime (§ 63) und Eventualmaxime (§§ 118, 122, 126—128, 130—132), und der Richter war durch detaillierte gesetzliche Beweisvorschriften in der Beurteilung der einzelnen Beweismittel gebunden.

Die Prozessordnung vom 19. Dezember 1851 stellt eigenartigerweise nicht nur keinen wirklichen Fortschritt, sondern in gewissem Sinne sogar noch einen Rückschritt gegenüber dem bisherigen Gesetze dar. War bisher die Mündlichkeit in appellablen Rechtssachen wenigstens eine fakultative, so wurde sie nunmehr durch einen obligatorischen viermaligen Schriftenwechsel so gut wie verdrängt. Im inappellablen Verfahren trat jedoch eine Verschlechterung ein, indem das Prinzip der Unmittelbarkeit eine schwere Einbusse erlitt. Die Vorträge der Parteien wurden nicht mehr vor dem Gesamtgericht, sondern lediglich vor dem Präsidenten und Gerichtsschreiber gehalten und protokolliert. Das Gesamtgericht konnte von nun ab nur auf Grund der Akten urteilen und verlor die persönliche, lebendige Fühlung mit den Parteien.

Die geltende Zivilprozessordnung stellt gegenüber den beiden bisherigen Prozessgesetzen einen bedeutsamen Fortschritt dar. Die Verhandlungsmaxime, im Prinzip beibehalten, hat weitgehende Einschränkungen zugunsten des Offizialprinzipes erfahren (§§ 1 II, 107 ff., 62 ff., 23 III, 88, 121 III, 150 I, 174 II, 195, 200, 239 II, 247 III, 327, 341, 342 II). Die Eventualmaxime erlitt gleichfalls starke Einschränkungen (§§ 124, 134, 135). Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist verwirklicht worden (§§ 147, 151, 163 IV, 171 II, 202, 216, 232). Der Eid in allen seinen Formen wurde beseitigt. Die Schriftlichkeit wurde zugunsten der Mündlichkeit eingeschränkt, indem obligatorische schriftliche Replik und Duplik im appellablen Verfahren wegfallen (§ 127). Dagegen blieben im inappellablen Verfahren die Mittelbarkeit und die beschränkte Mündlichkeit weiter bestehen (§§ 121—126). In bezug auf das Rechtsmittelverfahren brachte die geltende Zivilprozessordnung eine Systemänderung. Die alten Prozessordnungen kannten vier Rechtsmittel: die Appellation, den Rekurs, die Nichtigkeitsbeschwerde und die Wiederherstellung (oder neues Recht). Die geltende Prozessordnung hat, vom Bestreben einer energischen Verkürzung und Vereinfachung des Verfahrens geleitet, die Rechtsmittel auf drei reduziert: Appellation, Beschwerde und Wiederherstellung, indem sie die frühere Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Rekurs zu einem einzigen Rechtsmittel, dem der Beschwerde, verschmolz. Gleichzeitig wurden die besonderen Rechtsmittel gegen prozessleitende Verfügungen, Zwischenurteile und Beweisbeschlüsse grösstenteils fallen gelassen.

2. Die Appellation des aargauischen Zivilprozesses ist ein universelles Rechtsmittel. Sie geht auf vollständige Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteils nach seiner rechtlichen und tatsächlichen Seite hin, schliesst also alle übrigen Rechtsmittel in sich. Freilich bezweckt sie nur Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteils auf Grund des in der ersten Instanz gesammelten Prozeßstoffes, nicht eine Erneuerung des Rechtsstreites, wie z. B. die bernische Appellation (Art. 346 bern. ZPO).[1]) Die obere Instanz hat nicht die gleichen Instruktionsbefugnisse und -pflichten wie die untere, noch erstreckt

[1]) *Leuch*, N. 1 zu Art. 333 bern. ZPO.

sich die einlässliche Beurteilung auf Ansprüche, Angriffs- und Verteidigungsmittel, welche der ersten Instanz nicht vorgelegen haben. Das Appellationsurteil spricht auch nicht selbständig die Rechtsfolge aus, sondern lautet nur auf Abweisung oder Gutheissung der Appellation. [2])

Eine weitere Grenze der appellatorischen Verhandlung und Beurteilung bilden die Appellationserklärung und die Anträge der Parteien bei der Appellationsverhandlung.

In dieser Beziehung ist die aargauische Appellation prinzipiell wie die gemeinrechtliche Appellation gestaltet. Nur ist sie enger als diese, indem ein jus nondum deducta deducendi et nondum probata proband selbst in der beschränkten Form des gemeinen Rechts nicht besteht. [3])

Dort konnten nova wenigstens unter Anbietung des Appellationseides vorgebracht werden, dass der Appellant in erster Instanz von den neuen Anbringen keine Kenntnis gehabt oder nicht in der Lage war, sie zu benutzen, ja sogar, wenn er in erster Instanz die Einbringung nicht für dienlich oder nötig erachtet hat.[4])

Die Universalität der Appellation erleidet im aarg. ZPR allerdings gewisse Einschränkungen, indem es Verfügungen, Entscheide und Beschlüsse gibt, die durch die Appellation nicht anfechtbar sind, anderseits auch solche, die mit dem Rechtsmittel der Beschwerde weiterziehbar sind (§ 320).

So ist unanfechtbar: die Entscheidung über die Ablehnung eines Richters oder Protokollführers (§ 21 III) und über die Ablehnung des Armenanwalts (§ 70 III) und über die Höhe der Kostenversicherung (§ 80).

Gesondert anfechtbar (durch Beschwerde), daher durch die spätere Appellation gegen das Endurteil nicht mehr weiterziehbar, sind:

der Entscheid über die Zulässigkeit einer Nebenintervention (§ 35);

der Entscheid über die Höhe der Kostenansätze (§ 61 III);

der Entscheid über die Zusprechung oder Abweisung des Armenrechts (§ 67 II);

---

[2]) *Keller*, N. 1 und 2 a Vorbem. vor § 319; VJS I, Nr. 90, 91; IV Nr. 109; VIII S. 75.

[3]) *Renaud*, Lehrb. d gemeinen deutschen Zivilprozessrechts, Leipzig 1873, S. 543 ff.

[4]) *Renaud*, a. a. O. S. 545; *Linde*, Hdb. I, S. 489.

der Entscheid über den Entzug des Armenrechts (§ 69 III);
der Entscheid über die Pflicht zur Kostenversicherung (§ 80);
die Abweisung eines Wiedereinsetzungsbegehrens (§ 103 II);
der Entscheid über die sachliche Zuständigkeit mit Rücksicht auf den Streitwert (§ 107 II);
das Zwischenurteil über die fristlichen Einreden der Unzuständigkeit (der örtlichen sowohl wie der sachlichen), der mangelnden Prozessfähigkeit, der mangelnden Vertretungsfähigkeit, der mangelnden Vollmacht, der schuldigen Kostenversicherung (§ 114 IV);
der Entscheid gegen einen Dritten, eine Handschriftprobe abzulegen (§ 176 II);
der Entscheid über die Erneuerung einer Urkunde (§ 181);
der Entscheid über die Zulässigkeit einer Zeugnisverweigerung (§ 185 II);
der Entscheid über die Folgen des unentschuldigten Ausbleibens eines Zeugen (§ 191 II);
der Entscheid über ein Editionsbegehren gegen einen Dritten (§ 173 II);
der Entscheid über die Einwendungen gegen eine vorsorgliche Beweisaufnahme (während des Prozesses), § 235 III;
der Entscheid über eine vorsorgliche Beweisaufnahme ohne Einvernahme des Gegners (§ 236 III);
der Entscheid im Befehlsverfahren (vorsorgliche Verfügung z. B. zur Sicherung des Prozessergebnisses), § 255;
der Entscheid über die Zulässigkeit der Offenbarungsklage (§ 308 II). [5])

Diese Entscheide konsolidieren das unterinstanzliche Verfahren in den gegebenen Punkten und bilden sozusagen ein festes Gerippe, das durch die Appellationsinstanz in der Regel nicht mehr verändert werden kann.

3. Die aargauische Appellation ist ein ausschliessliches Rechtsmittel. Eine Nichtigkeitsklage ist auch nicht subsidiär zulässig, wie dies nach Analogie des gemeinen Zivilprozesses in den Kantonen Uri, Schwyz, Genf, Freiburg und Waadt der Fall ist. [6]) Die Gründe, die in den Prozessordungen mit paralleler Nichtigkeitsklage für die subsidiäre

[5]) Dieser Entscheid ist bei einem Streitwert über Fr. 300.— durch gesonderte Appellation anfechtbar (§ 308 II).
[6]) *Steiner*, Die Appellation, S. 11.

Zulässigkeit einer solchen ins Treffen geführt werden, sind folgende:

Die Appellation geht ihrer Natur nach auf Reformation, die Nichtigkeitsklage aber auf Kassation des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache an die erste Instanz. Es sei nun der verletzten Partei nicht gleichgültig, ob das eine oder andere Ergebnis erreicht wird. Insbesondere, wenn der von der ersten Instanz begangene Fehler ein so einschneidender ist, dass von einer ordentlichen Beurteilung der Streitsache in erster Instanz gar nicht gesprochen werden kann, z. B. wenn einer Partei das rechtliche Gehör verweigert worden ist oder wenn ein materiell unzuständiges Gericht geurteilt hat.

Aendert nun in einem solchen Falle das Appellationsgericht das angefochtene Urteil einfach ab, so wird die Partei sozusagen um eine Instanz gebracht. Ihre Sache wird im Grunde genommen nur von einer einzigen Instanz verhandelt und abgeurteilt. [7])

Diesen Argumenten ist entgegenzuhalten, dass ein Recht auf zwei Instanzen, selbst wenn es verfassungsmässig oder gesetzlich gewährleistet ist, noch keineswegs bedeutet, dass die appellable Streitsache vollständig in allen ihren Teilen vor der untern und der obern Instanz abgerollt werden muss. Man wird wohl kaum in einer Prozessordnung eine Bestimmung finden, dass z. B. die Appellationsinstanz sämtliche von der Unterinstanz durchgeführten Beweise noch einmal vor ihrem eigenen Forum wiederholen müsse. Dies ist sogar in jenen Prozessordnungen nicht der Fall, nach welchen die Appellation eine neue Beurteilung des Rechtsstreites ohne Beschränkung auf den erstinstanzlichen Prozeßstoff bezweckt (z. B. die bernische ZPO, Art. 333 ff.).

Das Recht auf zwei Instanzen, wenn man von einem solchen sprechen will, bedeutet lediglich eine doppelte Kontrolle, nicht eine doppelte Durchführung des ganzen Prozesses. Die Kontrolle bezweckt vielmehr eine e i n m a l i g e richtige Durchführung. Es soll durch sie gewährleistet werden, dass die Streitsache vollständig abgehandelt werde und eine erschöpfende und richtige rechtliche Beurteilung erfahre. Anders ist wohl das Recht auf zwei Instanzen kaum zu verstehen. Ist aber dies der Sinn der Appellation, dann genügt sie vollständig ihrem

[7]) *Heusler*, Z. f. schweiz. R., 1867, Nr. 15; *Steiner*, S. 14/15.

Zweck, wenn sie Fehler der Unterinstanz korrigiert und Unterlassungen ergänzt. Man kann die Partei nicht als benachteiligt ansehen, wenn durch eine solche Ergänzung das nachgeholt wird, was schon die erste Instanz hätte durchführen sollen. Das Recht der Partei geht eben auf die Durchführung, nicht aber etwa auf die zweimalige Durchführung, ebenso wie ihr Recht auf richtige Beurteilung geht und nicht auf so und sovielmalige Beurteilung.

Damit wäre aber zugleich dargetan, dass ein besonderes Rechtsmittel neben der Appellation, wie es die Nichtigkeitsbeschwerde (Nichtigkeitsklage) darstellt, keineswegs begrifflich notwendig erscheint. Von den schweizerischen Kantonen haben denn auch nur einige, und zwar Zürich, Schaffhausen, Uri, Schwyz, Genf, Freiburg und die Waadt nach dem System des gemeinen Zivilprozesses die gesonderte Nichtigkeitsbeschwerde zugelassen. Die ersten drei genannten Kantone kennen aber die Nichtigkeitsbeschwerde nur als ausserordentliches Rechtsmittel.[8]) Sie ist nicht zulässig, solange die Appellation noch offen steht. Sonach figuriert auch in diesen drei Kantonen die Appellation gleichzeitig als Nichtigkeitsbeschwerde, nur dass nach Ablauf der Appellationsfrist noch ein weiterer Termin zur Geltendmachung der Nichtigkeitsgründe offen steht. Ebenso die deutsche CPO, § 539.

Nach aargauischem Prozessrecht geht die Ausschliesslichkeit der Appellation weiter als in Bern, Schaffhausen und Zürich, indem auch subsidiär ein anderes Rechtsmittel gegen das Urteil nicht offen steht.[9])

Eine Einschränkung erfährt die Ausschliesslichkeit der Appellation allerdings dadurch, dass gewisse letztinstanzliche kantonale Entscheide auch noch durch die weiteren Rechtsmittel der Berufung, bzw. der zivilrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden können (Art. 56 ff. und 86 ff. BOG).

In den Fällen, wo die Berufung an das Bundesgericht zulässig ist, kann mit Einwilligung beider Parteien der Rechtsstreit beim Obergericht als erster Instanz anhängig gemacht werden (§ 16 II).

---

[8]) *Steiner*, S. 13, der aber noch nicht die neue bern. ZPO berücksichtigt, bern. ZPO, Art. 337.

[9]) Wir sehen hier vom Rechtsmittel der Wiederherstellung (Neues Recht) ab, das eine ganz besondere Rechtsnatur aufweist.

4. Die Appellation hat Suspensiv- und Devolutiveffekt. Vom Suspensiveffekt spricht § 141 allerdings nur in negativem Sinne, indem er anordnet, dass ein binnen 10 Tagen nicht angefochtenes Urteil rechtskräftig wird. Auch spricht § 141 nur von formeller, prozessualer Rechtskraft. Der Devolutiveffekt ergibt sich mittelbar aus den Bestimmungen der §§ 319 ff. in dem Sinne, dass mit Einlegung der Appellation Urteilsbefugnis und Urteilspflicht vom untern Richter (Bezirksgericht) an den obern Richter (Obergericht) übergehen.

II.

Voraussetzungen der Appellation.

A. Objektive Voraussetzungen.

1. Appellable Entscheide.

Das gemeine Zivilprozessrecht liess die Appellation zu nicht nur gegen Endurteile, die eine materielle Entscheidung über den Streitgegenstand (Sachurteile) enthielten, sondern gegen jede Entscheidung, welche die erste Instanz abschliesst, ergehe sie auch nur über eine Prozessvoraussetzung.[10]) Auf demselben Standpunkt stehen die deutsche ZPO (§ 248) [11]) und eine ganze Reihe schweizerischer Kantone.[12])

Von dieser gemeinrechtlichen Regelung ging die aargauische Prozessordnung ab. Sie lässt die Appellation nur zu gegen ein «Endurteil», worunter sie ein Sachurteil versteht, das den eingeklagten Anspruch materiell erledigt (VJS 12, 33). In dieser Beziehung ist die Voraussetzung die gleiche, wie für die Beschwerde gegen inappellable Urteile (§ 337a). Diesen beiden Rechtsmitteln, die je nach dem Streitwert ausschliesslich zulässig sind, steht die Beschwerde nach § 337 b gegenüber (der Rekurs der alten CPO), die sich gegen prozessleitende Verfügungen und Zwischenentscheide richtet. Gleichgültig ist dabei, ob über eine Prozessvoraussetzung in Form eines Entscheides abgesprochen wird, wie durch den Gerichtspräsidenten im Falle des § 107, oder in Form eines Urteils (Zwischenurteil), wie durch das Bezirksgericht im Falle des § 144.

Hingegen ist jedes Sachurteil durch Appellation weiterziehbar, insbesondere auch Kontumazurteile.[13]) Der Satz: «contumax non appellat» gilt nicht. Ebensowenig ist ein Entscheid

[10]) *Wetzel*, Zivilprozess, S. 622 (§ 51).
[11]) *Plank*, Lehrb. d. deutsch. Zivilprozessr., II, S. 436.
[12]) *Steiner*, S. 24 ff.; *Zumbühl*, S. 26 ff.
[13]) *Keller*, N. 3 zu § 319.

nach § 130 (Stattgebung dem Begehren infolge Nichtzurückstellung der Rechtsschrift durch die Gegenpartei) durch Appellation weiterziehbar.[14]) Die Appellation ist ferner das zutreffende Rechtsmittel gegen Entscheide gemäss § 48 des Gesetzes betreffend das Brandversicherungswesen (VJS I, S. 50—52).

Das Gesetz kennt aber auch eine Reihe von Fällen, in denen die Appellation kraft besonderer Anordnung gegen Entscheide zugelassen wird, die keine materiellen Endurteile sind. So ist im Offenbarungsverfahren gegen den Entscheid über die Einwendungen des Beklagten betr. die Zulässigkeit der Klage je nach dem Streitwert die Appellation zulässig (§ 308 II). Das ist um so mehr dann der Fall, wenn das Offenbarungsbegehren innerhalb eines appellablen Prozesses (Hauptprozess) gestellt wird (§ 312).

Gegen die Zulassung der Appellation im Falle des § 308 wurde geltend gemacht, dass der Streit über die Offenbarungsklage im beschleunigten Verfahren geführt werde, daher dieses Verfahren überhaupt als zutreffend erscheine. Infolgedessen sei § 308 II, der je nach dem Streitwert die Appellation oder die Beschwerde nach § 337 a als Rechtsmittel vorsehe, durch § 316, der für das beschleunigte Verfahren unmehr die Beschwerde nach § 337 b als Rechtsmittel anerkenne, als aufgehoben zu betrachten.[15])

Mit Recht hat jedoch das Obergericht diese Ansicht zurückgewiesen (VJS XIII 35, XIV 70, XVI 53). Für das selbständige Offenbarungsverfahren als solches ist nämlich das beschleunigte Verfahren nirgends vorgeschrieben. Nur für den Fall, dass der Beklagte Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Offenbarungsklage erhebt, ist über diese Einwendungen nach Anhörung der Parteien im beschleunigten Verfahren zu entscheiden. Daraus darf nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber das Verfahren, das er für eine Voraussetzung des Offenbarungsprozesses als angemessen erachtete, im allgemeinen für den Prozess als Ganzes einführen wollte.

Das Obergericht zieht im Gegenteil daraus, dass das beschleunigte Verfahren nur für eine Vorfrage angeordnet ist, den Schluss, dass es für das eigentliche Offenbarungsverfahren nicht platzgreifen soll. Es zieht ferner in Betracht, dass für

[14]) *Keller*, N. 4 zu § 130.
[15]) *Keller*, § 308, N. 4.

das selbständige und unselbständige Offenbarungsverfahren nicht verschiedene Rechtsmittel vorgesehen werden wollten. Im unselbständigen Offenbarungsverfahren schreibt aber § 312 je nach dem Streitwerte Appellation oder Beschwerde (nach § 337 a) vor, d. h. das Rechtsmittel des Hauptprozesses. Hieran könne § 161 VII Einf. ZGB unter keinen Umständen etwas geändert haben.[16]) Es bestände aber kein Grund, das selbständige Offenbarungsverfahren anders zu behandeln als das unselbständige, vielmehr sei die Kongruenz der Rechtsmittel in beiden Fällen zweifellos beabsichtigt. Es liege sonach weder ein Versehen des Gesetzgebers vor, wenn er im Einführungsgesetz den § 308 ZPO nicht dem neuen § 316 anpasste, noch hätte der Wille bestanden, das beschleunigte Verfahren als solches für das Offenbarungsverfahren vorzuschreiben.

Einen weiteren Fall bildet das ein Wiederherstellungsgesuch abweisende Urteil, das gleichfalls durch Appellation weiterziehbar ist, auch wenn es keine materielle Entscheidung eines Anspruches enthält (§ 355). Es macht dabei keinen Unterschied, ob das Wiederherstellungsgesuch gegen ein gerichtliches oder schiedsrichterliches Urteil verlangt worden ist (§ 349, VJS 13, 152). Nach § 354 fällt übrigens das Gericht, wenn es das Wiederherstellungsgesuch begründet erklärt, zugleich ein neues Endurteil oder bestimmt, in welcher Lage der frühere Prozess wieder aufgenommen werden soll. Im ersteren Fall ist das Urteil zugleich ein meritorisches Sachurteil. Aber auch im letztern Falle, wo bloss ein Teil des Verfahrens ohne Erlass eines neuen Endurteils aufgehoben wird, ist das Urteil durch Appellation anfechtbar, sofern die Hauptsache appellabel ist.[17]) Ferner sind auch im Vollstreckungsverfahren ergehende Entscheide durch Appellation anfechtbar: der Entscheid über Geldentschädigung wegen Nichtherausgabe einer durch Urteil zugesprochenen Sache (§ 383), wegen Nichtvollzug persönlicher Leistungen oder Arbeiten (§ 387), wegen Uebertretung eines urteilsmässigen Verbotes (§ 389), schliesslich der richterliche Entscheid über streitige Rechtsfragen, die sich aus der Aufsichtsbeschwerde in Vollstreckungssachen (§ 392 III) ergeben. Wie die Zulässigkeit der Appellation im Falle des § 308 (selbständiges Offenbarungsverfahren) wurde sie auch in den Fällen der §§ 383, 387, 389 und 392 angesichts des Ausschlusses

[16]) Dies wird auch von *Keller*, § 308, N. 4, anerkannt.
[17]) *Keller*, N. 4 zu § 355.

dieses Rechtsmittels im beschleunigten Verfahren durch § 161 VII Einf. ZGB bestritten.[18]) Ebenso wurde die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels im Falle des § 355 bestritten, insoweit es sich um schiedsrichterliche Urteile handelt.[19])

Was zunächst die Zulässigkeit der Appellation im Falle des § 355 betrifft, und zwar als Anfechtung eines Urteils, das ein Wiederherstellungsgesuch gegen ein Schiedsurteil erledigt, so wurde folgendes geltend gemacht: Gegen Schiedsurteile sei eine Spezialbeschwerde nach § 367 gegeben unter besonderen Voraussetzungen und mit einer besondern Beschwerdefrist (20 Tage), somit weder die Appellation noch die gewöhnliche Beschwerde des § 337 lit. a. Damit sei unvereinbar, dass gegen Wiederherstellungsurteile, die Schiedssprüche betreffen, ein anderes Rechtsmittel zulässig sein soll als gegen Schiedssprüche selbst.

Diese Gründe sind jedoch keineswegs durchschlagend. Dass gegen einen Schiedsspruch keine Anfechtung durch Appellation zugelassen wird, ist plausibel. Da nämlich vor Schiedsgericht die Parteien berechtigt sind, das Verfahren bei der Verhandlung und Beurteilung der Streitsache beliebig zu bestimmen, da auch der Entscheid der Schiedsrichter — sofern nicht ausdrücklich etwas anderes im Schiedsvertrag bestimmt wird — nach freiem Ermessen getroffen wird, so ist für eine Ueberprüfung durch das Obergericht kein Raum. Eine solche könnte nämlich nur auf Grund der bestehenden Gesetze geschehen, an die aber die Schiedsrichter — mangels ausdrücklicher anderweitiger Parteiabmachung — nicht gebunden sind.

Anders liegt die Sache beim Wiederherstellungsverfahren gegen ein Schiedsurteil. Hier ist es eine Gerichtsbehörde, die ein Urteil fällt, und zwar entweder ein solches, welches die Wiederherstellung bewilligt und zugleich die Streitsache selbst meritorisch neu entscheidet, oder die Wiederherstellung abweist (§§ 354, 355). Nicht jede Prozessordnung lässt gegen Schiedssprüche eine Wiederherstellung zu (z. B. Bern kennt ein solches Rechtsmittel nicht.[20]) Wird dieses Rechtsmittel aber einmal zugelassen (§ 349) und ergeht über die Wiederherstellung ein Urteil, so ist kein Grund vorhanden, dieses gerichtliche Urteil nicht jedem andern gleichzustellen und die Appellation nur

[18]) *Keller*, §§ 383, N. 5; 387, N. 7; 389, N. 5; 392, N. 4.
[19]) *Keller*, § 355, N. 2.
[20]) *Leuch*, N. 1 zu Art. 393, bern. ZPO.

darum zu versagen, weil die Hauptsache eine schiedsrichterliche ist.

Bewilligt das Gericht die Wiederherstellung, so fällt es eventuell zugleich ein neues Endurteil in der Sache selbst. Die Appellation richtet sich daher in diesem Falle gegen ein richterliches Sachurteil selbst und nicht gegen einen Schiedsspruch. Weist das Gericht das Wiederherstellungsbegehren ab, so liegt ein Richterspruch über das Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein der Wiederherstellungsgründe des § 349 lit. a—e vor. Das Urteil hat darum keinen andern Charakter, weil es über eine schiedsgerichtliche Streitsache und nicht über eine gerichtliche in dieser Richtung abspricht. Das Gesetz macht denn auch einen solchen Unterschied nicht (§§ 349, 355). Lege non distinguente nec nostrum est distinguere!

Das Obergericht hat denn auch mit Recht in diesem Sinne entschieden (VJS XIII 152).

Aber auch die Ansicht, im Falle des § 383 sei das Rechtsmittel der Appellation unzulässig, halten wir für rechtsirrtümlich. Es wird hier, wie im Falle des § 308, damit argumentiert, dass beschleunigtes Verfahren vorgeschrieben sei, im beschleunigten Verfahren gäbe es aber keine Appellation (§ 316). Die Bestimmung des § 383 II sei, insoweit sie die Appellation zulässt, als dem Grundprinzip des § 316 zuwider zu streichen.[21]). Allein das Verfahren nach § 383 ist ein zweiteiliges: zunächst ist es ein Offenbarungsverfahren, sodann ein Schadenzuspruchverfahren. Nur für das letztere ist das beschleunigte Verfahren vorgeschrieben. Für das erstere — im § 383 werden die §§ 304 und 311 angerufen — ist dies nicht der Fall. Es treffen hier somit die gleichen Gründe zu, die das Obergericht für die Appellation im Falle des § 308 geltend gemacht hat. Da nicht das ganze Verfahren ein beschleunigtes ist, sondern nur einzelne Teile desselben, so trifft § 316 nicht zu.

In den Fällen der § 383, 387, 389 und 392 ist jedoch durchwegs das beschleunigte Verfahren vorgeschrieben, wonach das Prinzip des § 316 zur Anwendung kommen sollte, das den Ausschluss der Appellation bedingt. Da jedoch die Appellation in diesen Fällen durch ausdrückliche Bestimmung zugelassen ist, so geht es kaum an, diese Bestimmung zu ignorieren oder sie einfach als Versehen der Redaktion zu behandeln. Das Prinzip

[21]) *Keller*, N. 5 zu § 383.

des § 316 besagt nicht, dass es keine Ausnahmen zulässt. Solange daher nicht über jeden Zweifel hinweg nachgewiesen wird, dass es sich hier um wirkliche Redaktionsfehler handelt, ist de lege lata an diesen Bestimmungen nicht zu rütteln.

Appellation ist früher noch zulässig gewesen gegen bezirksgerichtliche Urteile, welche Konkursbegehren entsprechen oder abweisen, mit Ausnahme solcher nach durchgeführter Wechselbetreibung, in welchen Fällen das Bezirksgericht endgültig entschied (EG zu SchKG §§ 19, 20). Durch EG zum OR § 24 wurden sämtliche Entscheide über Konkursbegehren, insoweit sie weiterziehbar sind, auf den Weg der Beschwerde verwiesen. Diese Aenderung ist folgerichtig, da das Konkursverfahren kein Gegenstand der streitigen Gerichtsbarkeit ist. Ebenso hat das Obergericht seit je den Standpunkt eingenommen, dass Entscheide über Aufhebung eines Nachlassvertrages nur im Wege der Beschwerde anfechtbar sind, da es sich um Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt (VJS II 159, III 83, V 51, VIII 104). Dies ist nunmehr durch § 24 Einf. OR ausdrücklich vorgeschrieben.

Auch für das Besitzschutzverfahren wurde mit EG zum OR § 135 das beschleunigte Verfahren festgesetzt, womit es vom Geltungsbereich der Appellation ausgeschieden ist.

Insbesondere unterliegen Endentscheidungen in den besonderen Verfahrensarten, wie im Befehlsverfahren (§ 255), im Aufforderungsverfahren (§ 282), im Verbotsverfahren (§ 286), im Aufrufverfahren (§ 295), im Rechnungsprozess (§ 301), im beschleunigten (§ 316) und im summarischen Verfahren (§ 318), lediglich der Anfechtung durch Beschwerde. Alleinige Ausnahme bildet das bereits genannte Offenbarungsverfahren (§ 308).

Die Unzulässigkeit der Appellation in den besonderen Verfahrensarten ist nicht extensiv zu interpretieren. So hat das Obergericht entschieden, dass Unterstützungsansprüche aus Art. 329 III ZGB wohl durch § 56 Einf. ZGB in das beschleunigte Verfahren gewiesen worden sind, womit das Rechtsmittel der Appellation für sie in Wegfall gekommen ist, dass aber diese Vorschrift nicht auf den Anspruch des einen Unterstützungspflichtigen gegen die Mitverpflichteten ausgedehnt werden darf. Ist Gegenstand des Verfahrens der Regressanspruch des einen Unterstützungspflichtigen gegen seine Mitverpflichteten, so liegt kein Grund vor, für eine Streitsache dieser Art

das ordentliche Verfahren auszuschliessen. Damit ist aber die Appellabilität gegeben (VJS XIV 157).

Dagegen ist eine Reihe von Entscheiden bedingt weiterziehbar, und zwar in Verbindung mit dem Endurteile (§ 320). Es sind dies drei Arten von Entscheiden:

a) Prozessleitende Verfügungen. Zu denen gehört hauptsächlich die Fürsorge für Einhaltung der Fristen (§§ 89 ff.), für die Vorladungen (§§ 83 ff) und Zustellungen (§§ 95 ff.). Ferner gehört hierzu die Sitzungspolizei (§ 118), das Fragerecht zur Aufklärung des Tatbestandes (§ 150), die Fürsorge für die rechtsunkundige Partei (§ 117) und eine ganze Reihe von Anordnungen im Interesse des Prozessbetriebes.

b) Zwischenentscheide, insoweit nicht Anfechtbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen oder gesonderte Weiterziehung (durch Beschwerde) zulässig ist. Zwischenentscheide sind entweder Entscheide über Zwischenstreitigkeiten einer oder beider Parteien mit Dritten (z. B. §§ 35, 173, 176, 185, 190, 191, 205) oder Entscheide über Zwischenstreite unter den Parteien selbst (z. B. §§ 173, 207, 249).

Beispiele von Zwischenentscheiden, die in Verbindung mit der Appellation weiterziehbar sind: der Entscheid über die bestrittene Zulässigkeit einer Widerklage (§ 15), über die bestrittene Zulassung eines Handlungsunfähigen zur vorläufigen Wahrung seines Interesses (§ 23), über die bestrittene Zulässigkeit der Streitgenossenschaft (§ 24), über Editionsbegehren gegen eine Partei (§ 173), über Erneuerung einer Urkunde (§ 181).

Die unanfechtbaren und die gesondert anfechtbaren Zwischenentscheide wurden bereits (unter I, 2) aufgezählt.

c) Beweisbeschlüsse. Das Beweisinterlokut des alten Prozesses (§§ 119—122 APO) als ein in Urteilsform erlassenes Beweiserkenntnis ist der geltenden Prozessordnung unbekannt. An Stelle der urteilsmässigen Beweisbeschlüsse trat in der geltenden Prozessordnung die einfache Anordnung einer Beweisaufnahme über die von den Parteien angetragenen Beweismittel.[22]) Es ist dies eine prozessleitende Verfügung, welche das Gericht nicht bindet.

Förmliche Beweisbeschlüsse sind nur in einigen Fällen vorgeschrieben. So im Falle, wenn die Beweiserhebung ein

[22]) *Keller*, N. 2 zu § 144.

besonderes Verfahren erfordert (§ 144). Dies trifft dann zu, wenn nach Schluss der mündlichen Verhandlung (§§ 124, 135) noch wesentliche Tatsachen streitig sind, welche weder durch die den Akten beigeschlossenen Urkunden, noch durch einen mit der mündlichen Verhandlung verbundenen Augenschein bewiesen sind und für die rechtzeitig Beweise abgeboten wurden.[23]) Ferner ist über ein Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme ein förmlicher Beweisbeschluss zu erlassen (§ 235 II). Aber auch, wo das Gericht von Amts wegen eine Expertise (§ 203) oder einen Augenschein (§ 217) vornehmen will, erscheint ein förmlicher Beweisbeschluss erforderlich, weil den Parteien auch hier die Möglichkeit zu wahren ist, einen solchen Beschluss in Verbindung mit dem Endurteil anzufechten (§ 146 II).[24])

Was die Appellation im Kostenpunkte betrifft, so enthält das Gesetz keine klare Entscheidung. § 61 bestimmt: «Das Gericht prüft die Kostenverzeichnisse und setzt die Kostenbeträge, sofern diese nicht durch besondere Vorschriften bestimmt sind, nach freiem Ermessen fest.

Ebenso setzt der Richter auf Verlangen des Anwaltes oder der Partei die Kosten fest, welche die Partei dem Anwalt zu bezahlen hat.

Gegen diesen Entscheid steht dem Beteiligten das Rechtsmittel der Beschwerde zu.»

Die Formulierung ist keineswegs einwandfrei. Im ersten Absatz ist von der Kostenfestsetzung überhaupt die Rede (Parteikosten), im zweiten von den Anwaltskosten. Trotzdem zwei verschiedene Entscheide in Frage stehen, ist dennoch im letzten Absatz von «diesem Entscheid» die Rede, was nur auf den Entscheid über die Anwaltskosten, nicht aber auch auf den über Parteikosten bezogen werden kann. Dies um so mehr, als der zweite Absatz einen besondern Titel hat («Festsetzung der Anwaltsrechnung»).

Ist aber der Entscheid über Parteikosten nicht durch Beschwerde anfechtbar, so bleibt fraglich, ob er überhaupt durch Appellation, insbesondere aber, ob er durch gesonderte Appellation angefochten werden kann, wenn die Hauptsache nicht weitergezogen wird.

Nach der Praxis des Obergerichtes (VJS III 50, VII 35 Ziff. 2, insbesondere 50 Ziff. a, XIV 70) ist zu unterscheiden zwischen

[23]) *Keller*, N. 1 zu § 144.
[24]) *Keller*, N. 5 zu § 146.

Festsetzung des Kostenbetrages und Ordnung der Kostenpflicht. Die Festsetzung des Kostenbetrages (§ 61) ist kein Gegenstand selbständiger Appellation. Wird das Urteil in der Hauptsache nicht angefochten, so kann der Kostenentscheid, sei es der Partei- oder Anwaltskostenentscheid, nur mit der Beschwerde nach § 337 b weitergezogen werden. Wird dagegen die richterliche Anordnung der Kostenpflicht («das richterliche Kostendekret über die Verteilung der Prozesskosten unter den Parteien», VJS III 50) angefochten, so ist in appellablen Streitsachen die Appellation anzumelden.

So hat das Obergericht in einem Streite, wo infolge Streitverkündung des Klägers ein Dritter als Nebenintervenient auf klägerischer Seite beigetreten ist und ihm die Nebeninterventionskosten erstinstanzlich nicht zugesprochen wurden, die Appellation im Kostenpunkt zugelassen (VJS VII 49 Erw. 6 a). Die Zulassung wurde damit begründet, dass es sich hier nicht um Festsetzung der einzelnen Ansätze der Kostenrechnung nach § 61 handle, sondern um die Frage, ob der Beklagte verpflichtet sei, dem Nebenintervenienten Prozesskosten zu ersetzen. Diese Frage sei aber im Wege der Appellation zu entscheiden.

Aus diesem Judikat lassen sich folgende Grundsätze ableiten:

In allen Fällen der §§ 53—58 ist im appellablen Zivilprozesse der erstinstanzliche Entscheid mit dem Rechtsmittel der Appellation weiterziehbar. Mit Appellation anfechtbar ist somit in appellablen Prozessen:

1. der erstinstanzliche Entscheid über die Pflicht der unterliegenden Partei zum Kostenersatz (§ 53);
2. der Entscheid über die Frage der Wettschlagung oder verhältnismässigen Teilung der Kosten bei teilweisem Obsiegen und teilweisem Unterliegen der Parteien, bzw. wenn die unterliegende Partei in guten Treuen oder wegen schuldloser Unkenntnis der entscheidenden Tatsache zur Führung des Rechtsstreites veranlasst war (§ 54);
3. der Entscheid über die Frage der Wettschlagung oder verhältnismässigen Teilung der Streitkosten in Prozessen zwischen Ehegatten und Verwandten, auch wenn die Voraussetzungen des § 54 nicht zutreffen (§ 55);
4. der Entscheid über die Frage, ob bei geringfügiger Ueberforderung oder in Fällen der Bestimmung der Forderung durch den Richter oder durch Sachverständige dem Beklagten vollständiger Kostenersatz aufzuerlegen sei (§ 56);

5. der Entscheid über die Verpflichtung der obsiegenden Partei zum Kostenersatz beim Ausschlagen eines gütlichen Angebotes (§ 57);
6. der Entscheid, dass eine Teilung oder Wettschlagung der Kosten aus folgenden Gründen nicht stattzufinden habe: weil der Sachfällige seine eigene für die Entscheidung massgebende Handlung bestritten und derselben überwiesen worden ist; weil der Sachfällige wider den unzweifelhaften Sinn des Gesetzes gestritten habe; weil er in der Hauptsache keine Rede und Antwort gegeben hat (§ 58).

Im Sinne dieser Gesetzesinterpretation ist auch der Entscheid über Gerichtsgebühren und Parteikosten nach § 61 «bis» (später entstanden durch das Aarg. Einfg. § 161 III) appellabel.

2. Appellationssumme.

Im Gegensatz zum gemeinen Recht, wo die Appellabilität von der Höhe des Nachteils abhängig war, den eine Partei durch das erstinstanzliche Urteil erfahren hat,[25]) stellt die aargauische Prozessordnung wie die meisten Kantone[26]) auf den Wert der Streitsache ab. Diese Art, die Appellationsgrenze zu bezeichnen, hat den Vorzug, das gleichmässige Appellationsrecht der Parteien ausser Frage zu stellen.

Charakteristisch für den Aargau ist, dass die Bedeutung der Appellabilität weit über die Rechtsmittelfrage hinausgeht, indem die inappellablen Streitsachen in einem besondern Verfahren behandelt werden (§§ 121—126). Dieses Verfahren ist dadurch ausgezeichnet, dass die Verhandlung nicht vor dem Gesamtgerichte, sondern vor dem Gerichtspräsidenten und dem Protokollführer stattfindet (§ 121), der erst nach Schluss der Parteianbringen die Prozessakten dem Bezirksgericht zum Erlass des Endurteils oder der erforderlichen Beweisbeschlüsse vorlegt (§ 121 I). Die dadurch bedingte Mittelbarkeit des Verfahrens wird lediglich durch die Vorschrift gemildert, dass das Bezirksgericht wenigstens das Beweisverfahren selbst vornehmen kann, wenn es nicht vorzieht, es gleichfalls durch den Gerichtspräsidenten unter Mitwirkung des Protokollführers vornehmen zu lassen (§ 126 II).

---

[25]) *Renaud*, S. 530.
[26]) *Steiner*, S. 42 ff.; *Zumbühl*, S. 35.

Es findet im nichtappellablen Verfahren kein Schriftenwechsel statt. Allein, wenn in § 121 II gesagt ist, das Verfahren sei mündlich, so dürfen daraus — wie das Obergericht selber erklärt hat (VJS VIII 67) — keine weitgehenden Schlüsse gezogen werden. Aus den weitern Bestimmungen folgt nämlich, dass die tatsächlichen Anbringen der Parteien zu Protokoll zu nehmen, dieses zu unterzeichnen und die Klage hierauf dem Beklagten zuzustellen ist (§§ 121 II, 124). Die Praxis, die schon vor der geltenden Zivilprozessordnung bestanden hat, schriftlich abgefasste Klagen und Klagebeantwortungen zu Protokoll zu bringen, wird auch weiterhin gebilligt. Sie ist schon bei der Beratung des Gesetzes ausdrücklich bestätigt worden, indem es für zulässig erklärt wurde, die Klage durch einen Vertrauensmann abfassen zu lassen.[27])

Zu der Mittelbarkeit des Verfahrens gesellt sich somit bei nichtappellablen Streitsachen eine Art Schriftlichkeit in Form eines Protokollarverfahrens. Damit erhält das nichtappellable Verfahren ein ausgesprochen rückständiges Gepräge gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren in appellablen Streitsachen, das vom Prinzip der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit beherrscht ist. Der obligatorische Schriftenwechsel in appellablen Streitsachen tut nämlich der Mündlichkeit der Verhandlung (Hauptverhandlung) keinen Abbruch. Die Bestimmung des § 134 über das Recht zur Anbringung neuer Tatsachen und Beweise bei der mündlichen Verhandlung charakterisiert die schriftlichen Eingaben zur Genüge als lediglich die mündliche Verhandlung vorbereitende Schriftsätze.

Aus diesen kurzen Angaben erhellt zur Genüge, wie wichtig bereits für den Gang der erstinstanzlichen Verhandlung die Entscheidung der Frage ist, ob es sich um eine appellable oder inappellable Streitsache handelt.

Die Grenze der Appellabilität ist bereits verfassungsmässig festgelegt. Nach Art. 58 Staatsverfassung entscheiden die Bezirksgerichte in Zivilstreitigkeiten ohne Appellation an das Obergericht nur bei Streitigkeiten, deren Wert den Betrag von Fr. 300 nicht übersteigt.

Die Zivilprozessordnung hat diese Bestimmung in § 319 weiter ausgebaut in dem Sinne, dass die Appellation an das Obergericht stattfindet in Streitsachen, deren Hauptwert die

[27]) Sitz.-Ber. d. Grossen Rates 1897/1901, S. 316.

Summe von Fr. 300 übersteigt oder deren Streitwert nicht in Geld geschätzt werden kann.

Identisch mit dieser Bestimmung ist diejenige des § 16 II, nach welcher es gleichfalls auf den Hauptwert des Streitgegenstandes ankommt. Die Verfassung spricht deutlich vom Wert der «Streitigkeit», somit vom Streitwert. Hingegen ist in § 319 vom Hauptwert der Streitsache die Rede, ebenso spricht § 16 II vom Hauptwert des Gegenstandes der Streitigkeit. Streitwert und Hauptwert sind keine identischen Begriffe. Geht z. B. der Streit um ein Pfandrecht, so ist Streitwert der Wert des Pfandrechts, nicht der Wert des Gegenstandes, an dem das Pfandrecht beansprucht wird.

Nach den Bestimmungen der §§ 16 II und 319, deren Zulässigkeit nach der Verfassung hier nicht überprüft werden soll, ist zweifellos nicht der Streitwert, sondern der Wert des Gegenstandes massgebend, der dem Streite zugrunde liegt, und zwar dessen Hauptwert. Gegenstand des Rechtsstreites ist das geltend gemachte Recht, mittelbar aber auch der Gegenstand dieses Rechts. Gegenstand eines Rechts können in diesem Sinne sein sowohl körperliche Sache als auch Leistungen, Handlungen und Unterlassungen.

Durch das Wort «Hauptwert» soll der Gegensatz zu solchen Nebengebühren ausgedrückt werden, wie Zinsen und Kosten. Unter Zinsen sind sowohl vertragliche wie gesetzliche zu verstehen, sowohl zivile wie naturale (Früchte und Nutzungen, die mit der Hauptsache zurückverlangt werden). Nach bundesgerichtlichen Entscheidungen macht es keinen Unterschied, ob es sich um Zinse und Früchte eines zwischen den Prozessparteien oder gegen einen Dritten bestehenden Anspruches handelt (BE 31 II 795, 36 II 554).

Unter Kosten, die für die Wertberechnung nicht in Betracht kommen, sind vor allem die Kosten des gegenwärtigen Prozesses zu verstehen mit Inbegriff vorbereitender gerichtlicher Akte, wie der vorsorglichen Beweisaufnahme (§ 233 ff.), des Befehlsverfahrens nach § 245 ff. («Präliminarbegehren» in Ehesachen EG zum ZGB § 42 Ziff. 3), richterlicher Massnahmen und Verfügungen, des Aussöhnungsversuches, eines vorausgegangenen Rechtsöffnungsverfahrens (VJS V 42). Wird ein Bürge eingeklagt, so kommen die Kosten der vorausgegangenen Ausklagung des Hauptschuldners ebenfalls nicht in Betracht

(VJS V 42). Ebensowenig kommen in Betracht die vor Beginn des Prozesses seit Streitigwerden des Anspruchs entstandenen Auslagen, wie die Kosten eines misslungenen Vergleichs, der notwendigen Korrespondenz, Protest-, Arrest- und Betreibungskosten.

Dagegen könnte es zweifelhaft sein, ob Nebenforderungen, wie Zuwachs, Zugehör, Provisionsanspruch des Regressnehmers nach OR 768 und 769, Konventionalstrafe u. a. m. gleichfalls als Gegensatz zum «Hauptwert» aufzufassen seien. Die Frage ist zu verneinen, da eine Interpretation, die auch solche Nebenforderungen mitumfasst, in Widerspruch stände zu § 109, der bei mehrfachen Klagegegenständen den Gesamtwert bestimmend sein lässt. Im übrigen sind auch Zinsen und Kosten als Hauptwert zu betrachten, wenn sie als selbständige Forderung (neben einer andern) auftreten, wie Zinsen eines nichteingeklagten Kapitals oder abbezahlter Beträge der miteingeklagten Kapitalrestanz, saldierte Zinsen oder Kosten eines früheren Prozesses.

Da nach § 327 das Obergericht von Amts wegen zu prüfen hat, ob die Appellation an sich statthaft ist, ist der Entscheid des Untergerichtes über die sachliche Zuständigkeit und das Verfahren auf Grund des Streitwertes für das Obergericht nicht bindend, trotzdem er durch besondere Beschwerde anfechtbar ist (§ 107) und seitens einer Partei nicht mehr in appellatorio angefochten werden kann.

Das Obergericht muss für sich den Streitwert auch dann neu überprüfen, wenn die Parteien den Kompetenzentscheid überhaupt nicht angefochten haben (VJS XI 41). Es hat dabei nach den gleichen Grundsätzen vorzugehen, wie sie für die Streitwertfeststellung der Unterinstanz massgebend sind (§§ 108, 109).

Im Sinne dieser Vorschriften ist denn auch der «Hauptwert» des § 319 wie der des § 16, abgesehen vom Gegensatz zu Nebenwert, als Wertkategorie überhaupt vom Standpunkt des Klägers aus zu verstehen. Handelt es sich um Fahrnis oder Liegenschaften, so ist in erster Reihe der Wert zu ermitteln, den die Sache für den Kläger und nicht der, welchen sie für die Allgemeinheit hat. Massgebend ist weder der Verkehrswert, noch der Anschaffungs- oder Verkaufswert, sondern der subjektive Wert des Streitgegenstandes für den Kläger selbst («zunächst nach den Verhältnissen des Klägers»), § 108 lit. a. Damit ist anderseits aber nicht der Affektionswert gemeint,

sondern der reelle Wert, den die Sache für den Kläger, nach seinen besonderen Verhältnissen, repräsentiert. Sollte jedoch die Sache für den Beklagten einen grössern Wert haben als für den Kläger, so ist dieser grössere Wert zu berücksichtigen (§ 108 lit. a letzt. Satz).

Besteht der Streitgegenstand in einem dinglichen Rechte an einer fremden Liegenschaft (Pfandrecht, Dienstbarkeit mit Ausnahme der Nutzniessung, Grundlast), so wird eine doppelte Wertermittlung gemacht: einmal wird die Wertverminderung der Liegenschaft durch diese Belastung ermittelt, sodann der Wert des Rechtes für den Berechtigten oder für das herrschende Grundstück. Der grössere dieser beiden Werte ist als Wert des Streitgegenstandes anzusehen (§ 108 lit. b).

Wenn der streitige Gegenstand in einer Nutzniessung oder jährlich wiederkehrenden Leistung besteht, so wird der fünfundzwanzigfache Betrag des Jahresertrages geschätzt und als Wert des Streitgegenstandes angenommen. Besteht der Ertrag nicht in Geld, so findet die Schätzung nach den Grundsätzen des § 108 lit. b statt (§ 108 lit. c).

Geht die Klage auf eine bestimmte Geldsumme, so ist diese der Streitwert. Es findet somit keine Abschätzung statt. Geht sie nicht auf eine Summe Geldes allein, sondern kumulativ oder alternativ auch noch auf einen andern Gegenstand, so findet eine Schätzung nach den obigen Grundsätzen statt (§ 108 I).

Durch diese Bestimmungen sind jedoch nicht alle Fragen beantwortet. Was zunächst die Frage betrifft, welcher Wert bei alternativen Klagebegehren entscheidet, so beantwortet dies § 109 in der Weise, dass der grössere Wert des einen oder andern Klagegegenstandes entscheidend ist. Dass bei mehrfachen Klagegegenständen ihr Gesamtwert massgebend ist (§ 109), wurde bereits oben hervorgehoben. Davon bilden jedoch Widerklagen eine Ausnahme. Ihr Betrag wird nicht mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet. Nur wenn der Betrag der Widerklage den der Hauptklage übersteigt, wird er für die Kompetenz massgebend (§ 109 II).

Mangels besonderer Vorschriften sind die dargestellten Bewertungsgrundsätze auch auf Feststellungsklagen, Wandelungs-, Liquidations-, Rechnungs-, Testamentsungültigkeitsklagen anzuwenden. Der Wert ist nach dem subjektiven Interesse des Klägers zu berechnen. Das Interesse besteht in dem Vermögenszuwachs, den er in günstigem Falle zu erwarten hat. Schuldige

Gegenleistungen des Klägers (z. B. bei Klagen auf Bestand oder Nichtbestand eines Vertrages) werden daher abzuziehen sein (BE 45 II 99, anders BE 29 II 673, 46 II 272, 23 II 1097).

Abweichend hat allerdings das Obergericht bei Vindikation einer für Mietzinsforderung retinierten Sache entschieden. Es erklärte den Wert der Sache als massgebend und nicht die Retentionsforderung des Beklagten. Der Streitwert werde zunächst nach den Verhältnissen des Klägers ausgemittelt (VJS V 43). Der erstinstanzliche Entscheid über den Streitwert ist für die ganze Dauer des Prozesses massgebend, auch wenn ein Teil des Streitgegenstandes dahinfällt (Schneider Slg. II Nr. 355, Jahresber. d. Obergerichtes 1885/86 S. 54). Da jedoch das Obergericht gemäss § 327 die Zulässigkeit der Appellation von sich aus zu prüfen und zu beurteilen hat, so kann für dasselbe nur der Streitwert massgebend sein, der sich aus den Begehren und Erklärungen der Parteien ergibt, welche dem erstinstanzlichen Urteile zugrunde gelegen haben. Teilbeträge, die im Laufe des Verfahrens vom Kläger fallen gelassen oder vom Beklagten anerkannt wurden, kommen daher für die Beurteilung der Appellabilität von der Streitsumme in Abzug. Ist der appellable Streitwert durch Zusammenrechnung mehrerer Klageansprüche erreicht (§ 109) und weist die Appellationsinstanz einen einzelnen wegen Unzulässigkeit der Klageverbindung zurück (§ 112), so ist der Streitwert der verbleibenden Ansprüche für die Appellabilität massgebend. Ebenso kann bei Beschränkung der Appellation auf den Anspruch eines einzelnen oder gegen einen einzelnen Streitgenossen nur der Wert dieses Einzelanspruches massgebend sein.

Ohne Rücksicht auf den Wert unterliegen der Appellation Streitsachen, deren Gegenstand «nicht in Geld geschätzt werden kann» (§ 319). Klarer drückt sich § 16 darüber aus, der von Streitigkeiten spricht, deren Gegenstand «seiner Natur nach keiner Geldschätzung unterliegt».

Die Schätzung muss, wie bei Art. 61 OG für die Bundesrechtspflege (BE 37 II 143), der Natur des Streitgegenstandes nach ausgeschlossen sein, weil er nicht auf dem Gebiete des Vermögensrechtes liegt. Nicht schätzbar sind in diesem Sinne vor allem Status- und Ehesachen, insoweit sie Ansprüche personenrechtlicher und familienrechtlicher Natur umfassen und nicht auf Vermögensleistungen gerichtet sind. Ferner gehören in diese Kategorie die aus einem Persönlichkeitsrecht fliessenden An-

sprüche, wie derjenige auf Schutz der Geschäftsbezeichnung (BE 37 II 412, 541), Mitgliedschaft im idealen Verein, im allgemeinen auch das Mitgliedschaftsrecht eines Genossenschafters (BE 31 II 676, abweichend BE 39 II 413). Dagegen unterliegt der Schätzbarkeit das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs.

Schätzbar ist immer der Anspruch auf Genugtuung, also auch derjenige wegen Urteilspublikation (OR 49 II), der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses (OR 342), Vaterschaftsklage ohne Standesfolge (BE 39 II 500). Ein Feststellungsanspruch, der lediglich das Motiv zu einem vermögensrechtlichen Anspruch bildet, macht den Streitgegenstand nicht zu einem nichtschätzbaren (BE 37 II 142). Ein solcher Feststellungsanspruch (z. B. Feststellung der Vaterschaft des Beklagten, wenn sie neben der Verurteilung zu den Vermögensleistungen an Mutter und Kind verlangt wird) fällt bei Berechnung des Streitwertes überhaupt nicht in Betracht (BE 39 II 495, 40 I 491). Hingegen ist ein selbständiger Feststellungsanspruch, wenn er das Bestehen oder Nichtbestehen eines vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisses zum Gegenstand hat, nach dem Wert der eventuellen Leistungen einzuschätzen, die dieses Rechtsverhältnis nach sich ziehen müsste (BE 29 II 673, 46 II 272).

Es könnte vorkommen, dass der Kläger auch bei einem Streitgegenstand, der seiner Natur nach nicht schätzbar ist, sein Interesse in Geld angibt oder es in Form eines Alternativbegehrens in Geld zum Ausdruck bringt. Praktisch könnte das nur den Zweck haben, durch eine niedrige Bewertung das inappellable Verfahren (V. Titel) eintreten zu lassen anstatt des appellablen (VI. Titel), das sonst eintreten müsste. Der Kläger hat z. B. Anlass anzunehmen, dass er bei der ersten Instanz durchdringen wird, während er aber im Falle einer Appellation seitens des Beklagten eine Abänderung des günstigen erstinstanzlichen Urteils befürchten zu müssen glaubt.

Nach den Prinzipien der aargauischen Zivilprozessordnung ist aber, ausser bei reinen Geldklagen, die Wertangabe des Klägers nicht massgebend. Gemäss § 107 hat der Gerichtspräsident den Streitgegenstand nach seinem w a h r e n Werte zu schätzen und danach den Entscheid über die sachliche Zuständigkeit zu erlassen, der zugleich ein Entscheid über das einzuschlagende Verfahren ist. Unabhängig davon, wie sich der Beklagte zur Bewertung des Klägers stellt, ist somit von Amts wegen der Wert festzustellen. Bei Sachen, die ihrer Natur nach eine Bewertung

nicht zulassen, kann daher eine Bewertung seitens des Klägers weder das inappellable Verfahren herbeiführen, noch dem Beklagten sein Recht auf Appellation gegen ein ihm ungünstiges Urteil nehmen.

Es gibt aber eine ganze Reihe von Streitigkeiten, die der Appellation nicht unterliegen, trotzdem der Hauptwert die Wertgrenze von 300 Franken übersteigt oder ihr Gegenstand nicht in Geld geschätzt werden kann. Es sind dies die Streitigkeiten, die zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes gehören. Die Fassung des § 319 ist in dieser Beziehung unvollkommen. Es sollte genauer heissen: «Die Appellation an das Obergericht findet gegen das Endurteil des „Bezirksgerichtes" in den Streitsachen statt usw.». Es gibt nämlich auch allerlei Endurteile anderer Gerichte. Die Urteile der gewerblichen Schiedsgerichte (Ges. v. 4. Dez. 1908) scheiden freilich aus, weil die Kompetenz der Schiedsgerichte die Wertgrenze von Fr. 300 nicht überschreitet (§ 2). Dagegen beurteilt das Handelsgericht (Ges. v. 12. Juli 1887) als einzige kantonale Instanz gerade Streitigkeiten, deren Streitwert Fr. 300 überschreitet, insoweit es sich um Handelssachen handelt.

Als solche gelten nach § 14 des genannten Gesetzes die Zivilstreitigkeiten zwischen Kaufleuten und Industriellen, sofern der Rechtsanspruch sich auf den vom Beklagten betriebenen industriellen oder Handelsverkehr bezieht. Es ist somit eine persönliche und eine sachliche Voraussetzung, sowie eine Wertgrenze festgestellt. Was die persönliche Voraussetzung betrifft, so wird die Eigenschaft der Parteien als Handelsleute und Industrielle bei Inländern durch das Schweizerische Handelsregister nachgewiesen, bei Ausländern durch sonstige Beweismittel (§ 14, zweiter Satz). Doch wird in der Praxis die rein formelle Tatsache der Eintragung weder ausreichend (Jahresbericht des Handelsgerichtes 1895/96 S. 12 ff.), noch als unbedingt erforderlich angenommen (BE 23 543, 35 I 389 [28]).

Ohne hier auf weitere Einzelheiten einzugehen, die nicht in den Rahmen dieser Ausführungen gehören, sei dadurch nur angedeutet, dass die Zuständigkeit des Handelsgerichtes im Ein-

[28]) *Morf*, Handelsgerichte, S. 31 ff., 42 ff.; *Leuch*, N. 2, Art. 5, über den Gegensatz zwischen der bernischen und aargauischen Regelung: nach der aargauischen ist der Eintrag bloss Beweismittel für die verlangte Kaufmannsqualität, die auch durch andere Beweismittel erbracht werden kann. *Morf* (S. 31), kritisiert die Interpretation der aargauischen Praxis unter Hinweis auf Art. 16 HG, was uns aber keineswegs durchschlagend erscheint.

zelfalle keineswegs leicht zu beurteilen ist. Es kommt hinzu, dass das Handelsgericht selbst seine Zuständigkeit immer restriktiver interpretiert, was die Unsicherheit in der Beurteilung der Kompetenz nur noch steigert.[29])

Absolute Handelssachen, die ohne Rücksicht auf den Streitwert dem Handelsgericht unterstellt sind, bilden die Streitigkeiten aus den Bundesgesetzen betreffend Erfindungspatente (Grossratsbeschl. v. 21. Aug. 1895 zur Vollziehungsverordnung des Art. 30 BG v. 29. Juni 1888 betr. die Erfindungspatente), die gewerblichen Muster und Modelle (Grossratsbeschluss v. gleichen Datum zur Vollziehungsverordnung des Art. 25 BG v. 21. Dez. 1888) und Fabrik- und Handelsmarken (Grossratsbeschluss vom 25. Febr. 1901 zur Vollziehung des BG vom 26. Sept. 1890).

Dagegen sind keine absolute Handelssache Streitigkeiten betreffend den Gebrauch einer Geschäftsfirma, sofern der Streitwert nicht Fr. 300 übersteigt, und Streitigkeiten über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst unter dieser Wertgrenze. Streitigkeiten über den Gebrauch einer Geschäftsfirma sind ihrer Natur nach unschätzbar (BE 37 II 412, 521), gehören aber trotzdem nicht vor das Handelsgericht, da die Kompetenz bei nicht absoluten Handelssachen von einer Wertgrenze abhängt, die hier nicht feststellbar ist. Sie gehören somit eigenartigerweise vor das Bezirksgericht als appellable Streitigkeiten, die gemäss Art. 62 BOG an das Bundesgericht weitergezogen werden können.

Streitigkeiten betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst sind an sich nicht unschätzbar. Es wäre also nicht undenkbar, dass eine solche Streitigkeit (z. B. wegen eines Zeitungsartikels) vor dem Bezirksgericht im inappellablen Verfahren behandelt und beurteilt wird. Es wäre in diesem Falle keine Appellation gegeben, hingegen zweifellos eine Berufung an das Bundesgericht (Art. 62 BOG)!

---

[29]) *Keller*, S. 518.

B. Subjektive Voraussetzungen.

1. Benachteiligung des Appellanten.[30])

Die Ergreifung der Appellation, wie jedes anderen Rechtsmittels, setzt voraus, dass der Appellant durch das Urteil beschwert ist, weil die Entscheidung ganz oder teilweise zu seinen Ungunsten ausgefallen ist (VJS XVI Nr. 17). Festzuhalten ist jedoch, dass die Appellation nur gegen die Entscheidung sich richtet, nicht gegen die Motive. Sowohl das aargauische Obergericht als auch das Bundesgericht (z. B. BE *7* 377, *10* 107, 28 II 339, 30 II 306 ff. 459) haben diesen Grundsatz vielfach ausgesprochen.

Interessant ist in dieser Richtung ein neuerer Entscheid des Obergerichtes (VJS XXI 145 ff.) in einem Scheidungsprozess. Der Kläger hat Scheidung verlangt infolge tiefer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, veranlasst durch Trunksucht, eheliche Untreue und unehrenhaften Lebenswandel der Ehefrau. Die Beklagte hat widerklagsweise die Abweisung der Klage aus dem geltendgemachten Scheidungsgrunde verlangt, indem sie die ihr zur Last gelegten Scheidungsgründe bestritt, dagegen ihrerseits die Scheidung wegen ehelicher Untreue des Ehemannes begehrte. Das Bezirksgericht hat das Beweisverfahren durchgeführt, nach dessen Ergebnis, bei freier Würdigung die Widerklage im Prinzip gutzuheissen und der Kläger als der schuldige Teil zu erklären gewesen wäre.

Zur Beurteilung ist das Bezirksgericht jedoch auf dieser Grundlage nicht geschritten, weil die Parteien in diesem Stadium des Verfahrens einen Vergleich vorlegten, wonach die Ehe wegen tiefer Zerrüttung zu scheiden sei, die Kinder dauernd der Beklagten überlassen werden und der Kläger sich zu gewissen vermögensrechtlichen Leistungen verpflichtet. Auf Grund dieses Prozessvergleiches hat das Bezirksgericht im Sinne der Parteien das Scheidungsurteil gefällt.

Gegen dieses Urteil brachte jedoch die Beklagte Appellation ein, indem sie geltend machte, das Urteil sei «infolge arglistiger Täuschung und Betrug seitens des Klägers» aufzuheben. Das Obergericht ist auf das Appellationsbegehren nicht eingetreten. In seiner Begründung stellt es zunächst fest, dass eine Parteivereinbarung der genannten Art zulässig ist und dass der Unter-

[30]) *Zumbühl*, S. 20 ff.

richter, nachdem er das Vorhandensein der Scheidungsgründe konstatiert hat, insbesondere auch des im Vergleich geltend gemachten, seinem Urteil diesen Scheidungsgrund nach dem Willen der Parteien zugrunde legen durfte.

Auf diesen Punkt ist hier nicht näher einzugehen. Dagegen begründet das Obergericht sein Nichteintreten auf das Appellationsbegehren damit, dass die Appellation «weder falsche Würdigung erheblicher Tatsachen behauptet noch einen rechtlich unrichtigen Entscheid über den der Vorinstanz vorgelegenen Tatbestand»; sie will nur «einen richtigen, der Vorinstanz vorgelegenen und von ihr durchaus mit Recht zur Urteilsgrundlage genommenen Teil des Tatbestandes, den Prozessvergleich, beseitigen. Das kann jedoch keinesfalls Aufgabe der Appellation sein.»

Diese Begründung erscheint uns nicht als ganz zutreffend. Die appellierende Partei braucht ja ihr Appellationsbegehren gar nicht zu begründen und weder falsche Tatsachen- und Beweiswürdigung noch andere Gründe geltend zu machen. Sie hat nur die Appellationsbegehren schlechtweg zu stellen (§ 321). Wenn sie dazu etwa noch auf die mündliche Verhandlung verzichtet (§ 322), so hat das Obergericht allein von sich aus zu untersuchen, ob die Appellationsanträge gerechtfertigt sind. Es kann daher auch nicht darauf ankommen, ob die Begründung, welche die P a r t e i beibringt, richtig ist oder nicht, sondern ob ihre Appellationsanträge nach der ganzen Aktenlage und den Voraussetzungen der Appellation zutreffen.

Unseres Erachtens war das Nichteintreten auf die Appellation in diesem Falle richtig, aber aus einem andern Grunde. Es war damit zu begründen, dass der Appellant nicht benachteiligt ist, weil er selber ein Urteil auf Grund des von ihm geschlossenen Vergleiches beantragt hat. Das Urteil ist also durchaus i n s e i n e m S i n n e ausgefallen, womit die subjektive Voraussetzung zu einer Appellation dahingefallen ist.

Dieser Ehescheidungsprozess zeigt übrigens, was nicht selten vorkommt, dass beide Parteien gegenseitig auf Scheidung klagen können, gestützt auf einen bestimmten Scheidungsgrund. Beschwert kann hier die Partei nicht nur sein, wenn ihre Klage abgewiesen wird, sondern auch dann, wenn die Scheidung gegen sie ausgesprochen wird. Daraus, dass ihrem Antrag stattgegeben ist, indem überhaupt Scheidung ausgesprochen wurde, kann nicht gefolgert werden, dass sie nicht beschwert sei. Soll es hier

einzig darauf ankommen, ob der Scheidungsgrund bzw. der Schuldanspruch bei der Scheidung ins Dispositiv aufgenommen ist oder nicht? [31])

Das Obergericht hat keinen Fall dieser Art entschieden. Die Praxis des Bundesgerichtes ist nicht konstant. Nach einer Entscheidung (BE 40 II 537) ist Appellation gegen die Motive unzulässig, selbst wenn die Motive inkorrekterweise in das Dispositiv aufgenommen sind, wie eben der Schuldanspruch bei Ehescheidung. Doch enthält BE 25 II 270 einen abweichenden Entscheid.

Nicht benachteiligt ist der Beklagte, wenn die Klage, statt meritorisch nach seinem Antrag abgewiesen, wegen mangelnder Prozessvoraussetzungen zurückgewiesen worden ist (z. B. nach §§ 110, 114), wohl aber, wenn die Klage, gestützt auf Verrechnung, statt wegen Nichtbestehens des Klageanspruches abgewiesen worden ist. Damit ist nämlich die Gegenforderung bis zum verrechneten Betrage rechtskräftig beurteilt.[32])

2. Legitimation.

Das wichtigste Erfordernis in subjektiver Beziehung besteht darin, dass der Person, die als Appellant auftreten will, in dem erstinstanzlichen Verfahren Parteiqualität zugekommen sein muss. Die Appellation kann regelmässig nur von einem der streitenden Teile, also dem Kläger oder dem Beklagten ausgehen. Es folgt dies schon aus der Regel: judicium jus facit inter partes.

In Fällen mehrerer Kläger oder mehrerer Beklagten kann die Frage entstehen, ob alle Kläger, bzw. alle Beklagten, zusammen die Appellation ergreifen müssen, oder ob auch einzelne dies gültig tun können. Im letztern Falle entsteht wiederum die Frage, ob ihre Appellation nur für sie selbst oder auch für die andern wirkt, die sie unterlassen haben.

Die aargauische Zivilprozessordnung kennt nur die materielle Streitgenossenschaft (§ 24), d. h. eine solche, bei der die Streitgenossen schon vor dem Prozesse auf Grund des materiellen Rechts in Beziehung zu einander stehen. Die formelle Streitgenossenschaft, bei der die Streitgenossen lediglich durch den Prozess in rechtliche Beziehungen zu einander treten, ist der aarg. ZPO fremd.

---

[31]) *Weiss*, Berufung, S. 87, will eine Berufung in solchen Fällen zulassen.
[32]) *Leuch*, N. 1, Abs. 3 zu § 333 bern. ZPO.

Die materielle Streitgenossenschaft des § 24 gründet sich auf Rechtsgemeinschaft unter den Parteien oder darauf, dass sie aus dem gleichen tatsächlichen oder rechtlichen Grunde verpflichtet sind. Solche Parteien können je nach dem zwischen ihnen bestehenden zivilrechtlichen Verhältnis in notwendiger Streitgenossenschaft zu einander stehen, oder nicht. Wann dies der Fall ist, lässt sich lediglich nach dem Zivilrecht entscheiden. Notwendige Streitgenossenschaft liegt vor allem vor bei unteilbaren Streitgegenständen (z. B. Teilungsklagen nach 604 und 651 ZGB bei mehr als zwei Teilhabern) oder bei Gesamtberechtigung Mehrerer am Streitgegenstand (einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Gemeinderschaft, Erbengemeinschaft, fortgesetzte Gütergemeinschaft).

Erhebt von mehreren notwendigen Streitgenossen nur einer oder erheben nur einige Appellation, ohne dass sich die andern anschliessen, so kann die Frage entstehen, ob der Appellant die fehlende aktive Sachlegitimation geltend machen könnte,[33]) bzw. ob das Obergericht von Amts wegen die Appellation aus diesem Grunde zurückweisen könnte (§ 327). Die Frage ist zu verneinen, da nach allgemeinen Grundsätzen bei der echten Streitgenossenschaft anzunehmen ist, dass ein Streitgenosse zur Appellation legitimiert ist und dass das Urteil in der Appellationsinstanz für und gegen alle Streitgenossen wirkt.[34]) Es folgt dies argumento a contrario aus § 25, nach welchem bei unechter Streitgenossenschaft besondere Angriffs- oder Verteidigungsmittel des einzelnen den andern bzw. die andern nicht berühren.

Damit ist zugleich entschieden, dass bei teilbaren Streitgegenständen (unechte Streitgenossenschaft, § 25) eine selbständige Ergreifung der Appellation durch jeden Kläger bzw. Beklagten möglich ist und dass das Urteil für denjenigen Streitgenossen, der dieses Rechtsmittel nicht ergriffen hat, in Rechtskraft erwächst.

Nach den meisten Prozessordnungen steht auch gewissen Nebenparteien das Rechtsmittel der Appellation zur Verfügung (auch im Bundeszivilprozess nach Art. 66 OG, doch nur, sofern diesen Nebenparteien nach den kantonalen Gesetzen Par-

[33]) Die frühere exceptio plurium litis consortium, wie sie die alte ZPO (§ 86) noch als fristliche Einrede gekannt hat, besteht nach der geltenden ZPO nicht mehr. Mit Recht! Da es sich hier nicht um eine prozessuale, sondern um eine materiellrechtliche Einrede handelt (vgl. *Keller*, N. 2 am Ende zu § 114, *Wetzel*, § 54, Anm. 10).

[34]) *Weiss*, S. 90; *Wetzel*, S. 704; *Schultzenstein*, in Z. f. d. ZP, 31 11. Kaum richtig *Leuch*, N. 1, Abs. 5 zu Art. 333 bern. ZPO.

teirechte zukommen.[35]) Die aarg. ZPO kennt als Nebenparteien den Nebenintervenienten (§§ 31—35) und den Litisdenuntianten (§§ 36—42).

Was den Nebenintervenienten betrifft, so enthält das Gesetz keine Bestimmung über seine Legitimation zur Appellation. Die aargauische Praxis hat ihm eine solche abgesprochen. In mehreren Entscheidungen hat das Obergericht ausgesprochen, dass eine selbständige Weiterziehung eines Urteils durch den Nebenintervenienten ausgeschlossen sei (Schn. Slg. I 447, 561, II 349). Die Abweisung wurde damit begründet, dass nach § 34 durch die Nebenintervention den Rechten der Gegenpartei kein Eintrag geschehen solle.

Diese Interpretation scheint uns wenig glücklich. Der § 34, der in seiner Fassung unverändert aus der alten ZPO (§ 37) hinübergenommen worden ist, lautet: «Durch die Nebenintervention soll den Rechten der Gegenpartei kein Eintrag geschehen». Die Fassung lässt an Klarheit allerdings zu wünschen übrig. Da es sich um eine Bestimmung des Prozessrechtes handelt, so können unter «Rechte» nur prozessuale Rechte gemeint sein. Durch den Beitritt der Nebenpartei soll die prozessuale Stellung der Gegenpartei nicht beeinträchtigt werden. Es ist allerdings nicht leicht, sich vorzustellen, was darunter gemeint ist. Schon aus dem ganzen Zweck der Nebenintervention erhellt, dass der Nebenintervenient *Angriffs- und Verteidigungsmittel* geltend machen kann, die die Hauptpartei eventuell geltend zu machen nicht in der Lage wäre, insoweit er sich nur nicht mit der Hauptpartei in Widerspruch setzt. Wenn auch die aarg. ZPO eine solche ausdrückliche Bestimmung nicht enthält, so werden diese Befugnisse des Nebenintervenienten doch niemals in Zweifel gezogen. Schon durch solche neue Angriffs- und Verteidigungsmittel verschlechtert der Nebenintervenient unter Umständen die Stellung der Gegenpartei.

Es kommt hinzu, dass er durch sein Handeln die Säumnis der Hauptpartei hindert, was u. W. gleichfalls durch die aargauischen Gerichte nicht in Zweifel gezogen wird. Schliesslich verursacht er besondere Prozesskosten, vergrössert somit die Kostenlast der Gegenpartei. Trotzdem die §§ 53—58, die von den Prozesskosten handeln, sich über die Kosten des Nebenintervenienten ausschweigen, hat die Praxis nie gezögert, ihm

[35]) Vgl. *Reichel*, Komm. zum OG, S. 73 ff.

die Prozesskosten gegen die Gegenpartei zuzusprechen (VJS VII 50).[36])

Damit wurde anerkannt, dass sich die Gegenpartei einen gewissen Eintrag in ihren Rechten durch den Nebenintervenienten ohne weiteres gefallen lassen muss. Wenn daher § 34 überhaupt einen Sinn haben soll, so kann er nur der sein, dass der Nebenintervenient nicht darüber hinausgehen darf, was die Hauptpartei der Gegenpartei gegenüber vornehmen will, dass er sich also mit ihr nicht zugunsten der Gegenpartei in Widerspruch setzen darf, wenn die Hauptpartei Abstand erklärt, Vergleich schliesst usw. Mit andern Worten, durch die Ausdrucksweise des § 34 soll das hervorgehoben werden, was andere Prozessordnungen durch die Wendung besagen, der Nebenintervenient dürfe sich nicht durch seine Prozesshandlungen mit denen der Hauptpartei in Widerspruch setzen.

Unter diesen Umständen ist aber auch eine Appellation des Nebenintervenienten zuzulassen, sofern sie nicht gegen den ausdrücklich erklärten Willen der Hauptpartei eingelegt wird. Dass übrigens auch die aarg. Judikatur von ihrer bisherigen Einstellung in dieser Richtung abkommt, beweist eine Entscheidung aus dem Jahre 1907, nach welcher die Appellation eines Nebenintervenienten zugelassen wurde, dessen Begehren auf Kostenzuspruch die erste Instanz nicht entsprochen hat (VJS VII 49/50).

Die Zulässigkeit der Appellation eines Nebenintervenienten sollte um so weniger in Frage gestellt werden, als nach § 32 der Nebenintervenient immer Streitgenosse seiner Hauptpartei wird. Die aarg. ZPO kennt nur einen streitgenössischen Nebenintervenienten. Solange daher dem Streitgenossen die Appellation nicht verweigert wird, kann sie auch dem Nebenintervienten unmöglich verweigert werden.

Die Stellung des Litisdenunzianten, der dem Streitverkünder beitritt, ist die gleiche wie die des Nebenintervenienten. Er wird Streitgenosse der Hauptpartei (§ 40). Es gilt somit in bezug auf ihn das gleiche, was über den Intervenienten gesagt wurde.

3. Ausschluss der Appellation durch Parteidisposition.

Die Möglichkeit eines Verzichtes auf das Rechtsmittel der Appellation ist allgemein anerkannt.[37]) Nach der bundesgerichtlichen Praxis kann ein Verzicht erfolgen durch Vergleich

[36]) Vgl. *Keller*, N. 5 zu § 32.
[37]) *Kries*, Rechtsmittel, S. 54 und dort zit. Literatur.

sei es vor, sei es nach dem Erlasse des Urteils, aber auch durch einseitige Erklärung. Diese kann ausdrücklich geschehen oder durch konkludente Handlungen. Als solche hat das Bundesgericht insbesondere erklärt die vorbehaltslos, freiwillige Zahlung der Urteilssumme (BE *21* 106 ff.). Auch in der Schiedsgerichtsvereinbarung liegt ein Verzicht auf das Rechtsmittel der Appellation (BE 33 II 205).[38])

Das aarg. Obergericht hat in einem Entscheid von 1912 den Einwand der Anerkennung des erstinstanzlichen Urteils seitens des Appellanten durch Leistung eines Teiles des durch Urteil festgesetzten Betrages nicht gelten lassen, da das Hauptappellationsbegehren auf gänzliche Abweisung der Klage gerichtet war (VJS XIII 150). Diesem Entscheid ist insoweit zuzustimmen, als von Fall zu Fall untersucht werden muss, ob die Handlung des Appellanten wirklich eine vorbehaltlose Anerkennung des angefochtenen Urteils zum Ausdruck bringt. Doch ist der genannten Entscheidung kaum zuzustimmen, wenn sie unter anderem ausführt, eine rechtsgültig eingelegte Appellation könne nur entweder durch Urteil oder durch Rückzug oder durch Vergleich unter den Parteien erledigt werden.

Prozessual ist gemäss § 328 nur der Rückzug der Appellation geordnet. Stellt das Obergericht auch den Vergleich dem Rückzug gleich, so anerkennt es hiermit — und dies sicherlich mit Recht — materiellrechtliche Parteihandlungen an, die einen Verzicht auf das (prozessuale) Recht der Appellation in sich schliessen. Auf jedes Recht, sei es ein prozessuales oder materielles, kann nämlich auch verzichtet werden, sofern nicht ein Recht ausdrücklich als unverzichtbares konstituiert ist.[39]) Ob aber ein Verzicht vorliege, ist lediglich nach materiellrechtlichen Vorschriften zu beurteilen. Nach diesen ist einseitiges konkludentes Verhalten als Willensmanifestation genügend.[40])

Fraglich könnte nur sein, ob ein Vorausverzicht (vor dem Urteil erster Instanz) auf die Appellation bindend sei, da man darin einen Eingriff in die vom Gesetzgeber geschaffene Instanzenordnung erblicken kann, die öffentlichen Rechts

[38]) Vgl. auch *Weiss*, S. 93/94.

[39]) *Kries*, Rechtsmittel, S. 54; *Weiss*, S. 93; *Steiner*, S. 49.

[40]) *v. Thur*, Allg. Teil des OR, S. 135, 141; vgl. auch die ausdrückliche Zulassung eines solchen Verzichtes in § 514 deutsche ZPO, Art. 500; Freiburger PC, Art. 330; Genfer PC, Art. 367; Walliser PC, Art. 312; Neuenburger PC in Uebereinstimmung mit dem französischen Recht (Garsonnet, Précis de proc. civ. franc. Paris 1902, N. 594).

ist. Gewisse Zivilprozessordnungen gestatten auch einen solchen Vorausverzicht (Nidwalden Art. 10, Genf OG Art. 34 und P. C. Art. 340, vgl. auch BE 48 II 133 Erw. 3). Doch glauben wir, dass ein Vorausverzicht ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung nicht zulässig sei, weil noch kein subjektives, aktuelles Recht vorhanden ist, somit das Objekt des Verzichtes noch nicht existent ist. Ein solches ersteht erst durch ein die Partei beschwerendes Urteil. Vor einem solchen Urteil liegt im Hinblick auf die Partei in dem Institut der Appellation nur eine öffentlich-rechtliche Instanzenordnung vor, in die ein Parteiwille nicht eingreifen kann.

Ein besonderer Fall des Ausschlusses der Appellation durch Parteidisposition wurde bereits in anderem Zusammenhange erwähnt. Gemäss § 16 III kann mit Einwilligung beider Parteien in den Fällen, wo die Berufung an das Bundesgericht zulässig ist, der Rechtsstreit beim Obergericht als erster Instanz anhängig gemacht werden. Diese Bestimmung entspricht der Verfassungsnorm Art. 53 lit. b.

Die Frage, ob eine solche Vereinbarung auch in jenen Fällen zulässig ist, wo die Rechtsmittel der zivilrechtlichen Beschwerde (BOG 86 ff.) gegeben sei, ist unseres Erachtens zu verneinen,[41]) da auch in der Verfassung ausdrücklich von Berufung die Rede ist und eine solche Ausnahmebestimmung einschränkend zu interpretieren ist. Auch dem Sinne nach wäre eine solche Interpretation unrichtig, da die zivilrechtliche Beschwerde, insoweit sie sich überhaupt auf Rechtsstreite, also auf Sachen streitiger Gerichtsbarkeit bezieht, — und nur diese sind nach § 16 gemeint — lediglich gegen letztinstanzliche, der Berufung nicht unterliegende, kantonale Entscheide in Zivilsachen sich richtet (Art. 87 BOG). Die Zulassung der Ausschaltung der Bezirksgerichte in solchen Fällen wäre daher direkt im Widerspruch sowohl mit der Verfassungsbestimmung, als auch mit derjenigen des § 16.

[41]) *Keller*, N. 10 zu § 16 bejaht die Frage mit unzutreffender Begründung

III.

Die Appellationsformalien.

1. Die Frist.

Gemäss § 321 ist die Appellation binnen 10 Tagen von der Zustellung des Urteils an gerechnet beim Präsidenten des Bezirksgerichtes einzureichen. Die zehntägige Frist kann gemäss § 89 II nicht erstreckt werden. Sie ist eine Notfrist, deren Nichtbeobachtung den Verlust eines prozessualen Rechtes zur Folge hat (Präklusivfrist).[42])

Doch ist Wiederherstellung gemäss § 103 gegen die Folgen der Säumnis möglich, wenn die Partei oder ihr Vertreter ohne Verschulden verhindert worden ist, die Frist einzuhalten. In einem solchen Falle ist binnen zehn Tagen von der Beseitigung des Hindernisses an «bei dem Gerichte, dem die Entscheidung über die Folgen der Säumnis zusteht», Wiederherstellung zu verlangen (§ 103 I). Dieses Gericht ist im Falle der Säumnis der Appellationsfrist das Obergericht, während das Gesuch selbst beim Präsidenten des Bezirksgerichtes einzureichen ist (§ 103 III). Damit ist zugleich die schriftliche Form des Gesuches festgelegt.

Nach der Praxis des Obergerichtes muss zugleich mit dem Wiederherstellungsgesuch sofort auch die Appellation nachgeholt werden, jedenfalls muss dies innerhalb der Notfrist von zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses geschehen (VJS VIII S. 76). Dieses formelle Erfordernis des Restitutionsbegehrens ist zwar in § 103 nicht genannt, doch folgert es das Obergericht mit Recht aus der Natur und dem Zweck der prozessualen Restitution und aus dem Umstande, dass das Wiederherstellungsgesuch die Wiedereröffnung der Appellation nicht zu bewirken vermag.[43])

[42]) *Keller*, N. 1 zu § 321.
[43]) *Renaud*, S. 583; *Wetzel*, S. 695 N. 105.

Die Appellationsfrist wird von der Zustellung des Urteils an gerechnet (§ 321). Die Zustellung ist obligatorisch (§ 95) und die Gerichte können sich ihr nicht dadurch entziehen, dass sie die Parteien zum Verzicht auf die schriftliche Zustellung veranlassen.[44]) Ohne schriftliche Zustellung würde die Frist zur Weiterziehung nicht beginnen (VJS V Nr. 114; Kreisschreiben). Bei Berechnung der zehntägigen Frist wird der Tag der Urteilszustellung nicht eingerechnet (§ 93). Allerdings gilt aber bei postamtlicher Zustellung an einem Sonntag oder Feiertag dieser Tag selbst und nicht der folgende Werktag als Zustellungstag (VJS VIII Nr. 31). Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Sonn- oder Feiertag, so wird der nächstfolgende Werktag noch hinzugerechnet (§ 93 II). Auch die Gerichtsferien unterbrechen die Frist (§ 94). Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Ferientag gemäss § 104, dann läuft die Frist erst am ersten Tag nach Ablauf der Ferien ab (§ 94 II).

Als schriftliche Eingabe gilt die Appellation als rechtzeitig eingereicht, wenn sie spätestens am letzten Tag der Frist bis abends 6 Uhr an das Gericht oder dessen Kanzlei gelangt, oder an die Adresse dieser Behörde gerichtet, am letzten Tage der Frist der schweizerischen Post übergeben ist (§ 93 IV).

Wird die Appellation statt beim Präsidenten des Bezirksgerichtes direkt beim Obergericht eingereicht, so wird sie doch zugelassen, wenn nur die Notfrist eingehalten ist (VJS IV Nr. 98, XIII Nr. 21). Ebenso wenig schadet die erstmalige Einreichung eines unrichtigen Rechtsmittels, wenn nur die zutreffende Appellation noch innert nützlicher Frist formgerecht eingereicht ist (VJS VII Nr. 86, XIII Nr. 19).

Appellation vor Ausfällung des Urteils wäre gegenstandslos, jedoch nicht eine solche nach mündlicher Eröffnung und vor Zustellung des schriftlichen Urteils. Dass die Frist von der Zustellung zu laufen beginnt, bedeutet nämlich nicht, dass sie erst von diesem Zeitpunkte an wirksam sei.[45])

Für Streitgenossen beginnt die Frist für jeden gesondert seit der Zustellung an ihn, bzw. an seinen Bevollmächtigten.

---

[44]) *Keller*, N. 2 zu § 95.

[45]) *Leuch*, N. 1 zu Art. 338 bern. ZPO, BE 25 II, 366[3]; *Neumann*, Komm. z. österr. ZPO, S. 872, Anmerk. 2; a. M. *Weiss*, S. 97.

2. Form der Einlegung.

Voraussetzung der Gültigkeit der Appellation ist die Schriftform (§ 321). Die Appellationsanmeldung ist auch im Sinne des § 13 des Advokatengesetzes als ein schriftlicher Vortrag anzusehen. Sie ist somit von der Partei selbst wirklich und persönlich zu verfassen oder von einem zugelassenen Anwalt zu zeichnen, ansonst sie ungültig ist (VJS V Nr. 35) [46]) bzw. vom Gericht nicht «angenommen werden» darf.

Doch wurde eine nichtunterschriebene Appellation, die aber durch unterschriebenen Begleitbrief ausdrücklich bestätigt wurde, vom Obergericht zugelassen (VJS XI Nr. 64). Das Bundesgericht hat einen staatsrechtlichen Rekurs gegen eine solche Entscheidung zurückgewiesen (VJS XII Nr. 36).

Der Schriftform kann auch durch Telegramm genügt werden (Schn. Slg. II Nr. 439), Jahresb. Oberg. 1897/98 S. 72).

Hinsichtlich des Inhaltes der Appellationsanmeldung ist die Bestimmung des § 321 so knapp wie nur möglich. Sie hat hierfür nur vier Worte. Die appellierende Partei hat «ihr Begehren .... genau anzugeben». Damit das Begehren genau sei, ist erforderlich:

a) Die Bezeichnung des angefochtenen Urteils. Diese muss so genau sein, dass ein Zweifel nicht entstehen kann. Das wird der Fall sein, wenn die Appellationsanmeldung auf dem Exemplar des zugestellten Urteils selbst vermerkt und dieses dem Präsidenten des Bezirksgerichtes zugeschickt wird. Die Beilegung des Urteilsexemplars ist jedoch nicht nötig (Kreisschreiben VJS III 202). Es ist daher das angefochtene Urteil durch Bezeichnung der Parteien, der Sache, des urteilenden Gerichtes und des Urteilsdatums zu individualisieren.

b) Den wesentlichen Bestandteil der Appellation bilden die Begehren (Appellationsschluss, Appellationsanträge). Die genaue Bezeichnung der Appellationsbegehren ist Voraussetzung der Gültigkeit der Appellation. Die Anträge müssen so klar formuliert und bestimmt sein, dass die Oberinstanz in den Stand gesetzt wird, zu überblicken, in welchem Umfange die Appellation ergriffen und welche Abänderung beantragt wird.

Es genügt somit nicht die Erklärung, dass gegen das ganze Urteil Appellation eingelegt werde, oder dass alle Punkte des Urteils abzuändern seien. Ebensowenig genügt ein Begehren,

[46]) *Keller*, N. 4 zu § 321.

dass das untergerichtliche Begehren aufgehoben und die Sache zur weitern Behandlung und Beurteilung an das Bezirksgericht zurückgewiesen werde (VJS VI Nr. 33), VII Nr. 88, VIII Nr. 38, IX Nr. 64, XXIV Nr. 53). Vielmehr muss das Begehren die genaue Bezeichnung der für den Appellanten nachteiligen und daher angegriffenen Punkte des Endurteils enthalten, sowie die angegriffenen Verfügungen, Zwischenentscheide und Beschlüsse des untern Richters (§ 320), sowie der beantragten Abänderungen.[47])

Ueber die in Verbindung mit dem Endurteil weiterziehbaren richterlichen (prozessleitenden) Verfügungen, Zwischenentscheide und Beweisbeschlüsse wurde bereits gehandelt (II. A. 1). Hier ist nur hervorzuheben, dass dem prozessualen Erfordernis der genauen Bezeichnung des Begehrens in bezug auf diese Verfügungen, Zwischenurteile und Beweisbeschlüsse nicht genügt ist durch eine summarische Nennung der anzufechtenden Anordnungen, oder etwa durch das Begehren auf Erlass eines neuen «sachgemässen Beweisbeschlusses» (VJS VI Nr. 33, VII Nr. 88, VIII Nr. 38, IX Nr. 64).

Schliesslich ist hervorzuheben, dass die Appellation einen materiellen Hauptantrag über den Inhalt des zu erlassenden Urteiles enthalten muss. Als ein solcher genügt z. B. das Begehren des appellierenden Klägers auf Gutheissung der Klage (VJS VIII Nr. 38). Ist ein solches Begehren gestellt, so hat das Obergericht, auch wenn dem Urteile vorgehende und weiterziehbare richterliche Verfügungen, Entscheide und Beschlüsse nicht als angefochten besonders bezeichnet werden, die Gesamtaktenlage zu prüfen und je nach den Umständen weitere Beweisanordnungen zu treffen (§ 332). Das Hauptgewicht liegt somit unstreitig auf den materiellen Hauptanträgen, die ja meist Anträge über Beweisfragen mitenthalten, bzw. weitere Beweisanordnungen nach sich ziehen werden.

Ein Antrag auf Rückweisung zur Aktenvervollständigung ist, wie bereits hervorgehoben wurde, kein Antrag materieller Natur. Er kann nur neben einem Hauptantrag als Eventualantrag gestellt werden (BE 28 II 179, 32 II 419 ff.). Er kann aber materiellrechtliche Natur annehmen, wenn die Vorinstanz einzig und allein über eine sog. zerstörliche (peremptorische) Einrede entschieden und die Klage aus diesem Grunde abgewiesen hat (z. B. Ver-

[47]) *Keller*, N. 4 b zu § 321.

jährung, mangelnde Prozesslegitimation, res judicata). Der Appellationsantrag kann in diesem Falle auf Abweisung dieser Einrede und Rückweisung der Sache zu neuer Entscheidung lauten (BE 28 II 339, 30 II, 306 f[3], 459[3]).[48]) Das gleiche ist der Fall, wenn die Unterinstanz auf einzelne beantragte Beweise nicht eingetreten ist, weil sie sie für unerheblich erachtet hat (z. B. Abweisung einer Schadenersatzklage wegen mangelnden Verschuldens oder einer Anfechtungsklage aus Art. 287 SchKG wegen nicht als gegeben erachteter Ueberschuldung). Ein Berufungsantrag auf Rückweisung und Aktenvervollständigung ist auch in diesen Fällen materiellrechtlicher Natur.

Anderseits gehört Aktenvervollständigung zur Begründung der Appellation und nicht zu den Appellationsanträgen im technischen Sinne.[49]) Wenn daher der Appellant nur Abänderung des angefochtenen Urteils in den genannten Punkten und Gutheissung der Klage beantragt, so hindert das keineswegs die Aufhebung des Urteils und Rückweisung zur Durchführung der Beweise.[50])

Zweck der Appellationsanträge ist nämlich nicht, dem Obergericht die vorzunehmenden Verfahrensmassnahmen zu beantragen, sondern die Appellationsinstanz und die Gegenpartei erkennen zu lassen, in welchem Umfange der Rechtsstreit weitergezogen werden soll. Die Verhandlung der zweiten Instanz bleibt nämlich auf die Appellationsanträge (bzw. Anschlussappellationsanträge) beschränkt. Die Nachprüfung erstreckt sich nur auf die Punkte, deren Abänderung beantragt ist.

Eine Begründung der Appellationsanträge ist vom Gesetz nicht gefordert. Ja, sie ist nach dem Willen des Gesetzes als nicht statthaft zu erachten.[51]) Das Obergericht ist jedoch in seiner Praxis vor 1918 entschieden zu weit gegangen, indem es mit Begründung versehene Appellationen zurückwies (VJS VIII 128, Nr. 79, IX 140 Nr. 60). Mit Kreisschreiben vom 19. Mai 1918 (VJS XVIII 179 Nr. 57) ist es endlich von dieser, das materielle Recht schädigenden Praxis abgegangen. Durch dieses

---

[48]) *Weiss*, S. 101/102.

[49]) *Weiss*, S. 105, gegen *Reichel*, Anm. 2 zu Art. 67, S. 74.

[50]) Vgl. BE 26 II 31[4]; *Honegger* in ZbJV 40 (1904), 315 ff.

[51]) Die Versuche, sie zuzulassen, wie sie in § 321 Entw. 1897, § 321 Regierungsvorschlag 1898 und § 321 Kommissionsvorschlag 1899 gemacht wurden, scheiterten: Verhdl. d. Grossen Rates 1897/1901, S. 322, und § 322 Entw. 1899.

Kreisschreiben sind die Gerichtspräsidenten angewiesen, jede eingehende Appellation daraufhin zu prüfen, ob sie eine Begründung enthält.

Ist dies der Fall und ist die Begründung vom Begehren getrennt (§ 321), so ist der Gegenpartei nur das Begehren selbst zuzustellen (§ 323), die Begründung aber aus den Akten zu entfernen und der Partei zurückzustellen. Sind aber Begehren und Begründung miteinander verbunden, so ist die Appellation der Partei zur Beseitigung der Begründung binnen 3 Tagen zurückzustellen, wobei jedoch das ursprüngliche Eingangsdatum für die Einreichung bzw. Einhaltung der Frist massgebend ist.

Bestehen Zweifel, ob eine Begründung vorliegt oder nicht, so sind die Akten vor der Anzeige an die Gegenpartei dem Obergericht zur Prüfung einzusenden. Sollte die Entfernung der Begründung verweigert werden, so ist gemäss Kreisschreiben vom 20. März 1908 (VJS VIII 128 Nr. 79) eine Ordnungsbusse in Aussicht gestellt.

Das Appellationsbegehren ist in d o p p e l t e r Ausfertigung einzureichen (§ 8«bis»). Doch hat die Nichtbefolgung dieser Ordnungsvorschrift auf die Gültigkeit der Appellation keinen Einfluss (VJS XVI 55 Nr. 18).

3. Die Taxe.

Die Appellation unterliegt einer Taxe. Sie beträgt gemäss § 7 Ziff. 1 des Dekretes betreffend die Gerichtsgebühren Fr. 10. Wird die Gebühr — abgesehen vom Fall des Armenrechtes, § 64 Ziff. a — nicht innert der Appellationsfrist bezahlt, so wird die Appellation abgeschrieben.[52]) Es wird daher kontrolliert, ob die Appellationstaxen binnen der gesetzlichen Frist erlegt worden sind (Kreisschr. v. 19. Nov. 1915, VJS XVI Nr. 45). Die Erlagstelle ist das Obergericht, auf dessen Postcheckkonto sie direkt eingezahlt werden können (Kreisschr. v. 30. April 1926, VJS XXVI Nr. 43).

Die Appellationstaxe ist vom Appellanten nur einmal zu erlegen, auch wenn gegen ein Urteil appelliert wird, das eine

[52]) *Burkhardt*, Komm. zur Bundesverf., S. 95; BE *13*, S. 253; *Keller*, N. 6 zu § 321 erklärt die Appellation als ungültig, was kaum richtig sein dürfte. Ueber die Frage, ob ein Abschreibungsbeschluss oder ein Beschluss auf Nichteintreten, vgl. V. 4 hiernach.

Klage und eine Widerklage erledigt (VJS V 146). Für die Anschlussappellation wird gleichfalls eine Taxe von Fr. 10.— gefordert, obwohl eine ausdrückliche Vorschrift darüber fehlt (VJS III 111). Die Praxis hält daran konstant fest und es ergibt sich daraus die Irregularität, dass auf eine Rechtsvorkehr nicht eingetreten wird, weil eine im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehene Taxe nicht bezahlt wird.[53])

[53]) *Keller*, N. 2 c zu § 318.

IV.

Die Wirkungen der Einreichung der Appellation.

1. Suspensiv- und Devolutiveffekt.[54])

Der Suspensiveffekt der Appellation ist durch die Vorschrift des § 141 folgendermassen zum Ausdruck gebracht: «Wenn gegen ein erstinstanzliches Endurteil binnen 10 Tagen von der schriftlichen Zustellung an gerechnet kein Rechtsmittel ergriffen wird, so wird es rechtskräftig.»

Aus der ganzen Fassung dieser Norm folgt, dass sie nur die formelle (prozessuale) Rechtskraft im Auge hat. Sie äussert sich in der Unmöglichkeit der Anfechtung durch ordentliche Rechtsmittel, in der Vollstreckbarkeit (§ 374 Ziff. a) und in der prozessualen Konsumption der Klage: exceptio rei judicatae (negative Funktion der formellen Rechtskraft).[55])

Die Rechtskraft wird gehemmt nicht erst mit der Einlegung der Berufung, sondern, wie aus der genannten Vorschrift folgt, schon vor diesem Zeitpunkt, durch die blosse Tatsache, dass das Urteil appellabel ist. Nach unbenutztem Ablauf der zehntägigen Notfrist tritt die Rechtskraft ein, ebenso durch Rückzug der Appellation (§ 328). Ein Rückbeziehen der Rechtskraft auf den Tag der Ausfällung des Urteils, wie es manche Prozessordnungen kennen (z. B. Bern Art. 334 I), findet mangels einer solchen Bestimmung nicht statt. Läuft daher von der Rechtskraft an eine Frist (z. B. Art. 103, 150 ZGB, Art. 137 II OR), so beginnt sie erst mit dem Ablauf der zehn Tage, bzw. dem Rückzug der Appellation.[56])

Die Einlegung der Appellation bewirkt, dass der Suspensiveffekt, der schon mit der Urteilsfällung begonnen hat, während des ganzen Berufungsverfahrens fortdauert. Diese Wirkung

[54]) *Zumbühl*, S. 55.
[55]) *Renaud*, S. 460 ff.
[56]) Anders für die Berufung an das Bundesgericht, *Weiss*, S. 110 und BE 22, S. 328.

tritt auch ein, wenn etwa aus irgendeinem Grunde eine Appellation gegen ein inappellables Urteil eingelegt wird, solange dieses unstatthafte Rechtsmittel nicht zurückgewiesen ist. § 141 bezieht sich nämlich nicht nur auf appellable Streitsachen allein. Um so mehr tritt Suspensiveffekt ein, wenn gegen ein appellables Urteil eine unzulässige Appellation innert der zehntägigen Notfrist erhoben wird, solange sie nicht zurückgewiesen ist. Darüber, ob eine Appellation in richtiger Form und innert nützlicher Frist eingelegt worden ist, urteilt aber die Appellationsinstanz selbst (§ 324 II).

Was die Frage betrifft, in welchem Umfange Suspensiveffekt eintritt, ist zunächst zu unterscheiden zwischen Teilen des Urteils, die durch Appellation überhaupt nicht anfechtbar sind, und solchen, die durch die eingelegte Appellation nicht angefochten werden.

Unanfechtbare selbständige Teile des Urteils werden zweifellos an sich der Rechtskraft teilhaft, trotz Einlegung der Appellation (BE 24 II 789[3]). Sie werden es aber nicht vor Ablauf der zehntägigen Frist, da § 141 in dieser Hinsicht keine Ausnahme statuiert. Aber auch die von der Appellation nicht ergriffenen Teile werden nach Ablauf der zehntägigen Frist des § 321 und wegen der Möglichkeit einer Anschlussberufung nach Ablauf der Anschlussfrist (§ 325) rechtskräftig und selbständig vollstreckbar (BE 30 I 507, 42 II 547).[57])

Ergreifen nun einzelne Streitgenossen die Appellation, so ist zwischen echter und unechter Streitgenossenschaft zu unterscheiden (vgl. II B, 2 hievor). Bei echter Streitgenossenschaft ist anzunehmen, dass die Appellation eines einzigen für alle Streitgenossen wirkt. Bei unechter Streitgenossenschaft hingegen erwächst das Urteil für diejenigen Streitgenossen, die von der Appellation keinen Gebrauch gemacht haben, in Rechtskraft.[58])

Die Appellation ist ein devolutives Rechtsmittel, indem sie die Kognition der Sache auf das höhere Gericht überwälzt. Der Devolutiveffekt beginnt schon mit der Einlegung der Appellation, nicht erst mit dem Eingang der Akten beim Obergericht. Der Gerichtspräsident des Untergerichtes handelt nach Einlegung des Rechtsmittels lediglich als gesetzlicher Mandatar der Parteien und des Appellationsgerichtes, ohne dass ihm oder dem

[57]) zweifelns *Weiss*, S. 111.

[58]) *Weiss*, S. 90; *Wetzel*, § 54, Anm. 10, S. 704, a. M. *Leuch*, N. 1, Abs. 5 zu Art. 333 bern. ZPO.

Untergericht eine Kognition über die Zulässigkeit des Rechtsmittels zusteht (§ 324 II).

Der Devolutiveffekt findet jedoch nur statt im Rahmen der Appellationsanträge und nur bezüglich der anfechtbaren Teile des Urteils und des Verfahrens (vgl. I, 1. hievor).

2. Die Anschlussappellation.

Das Institut der Anschlussappellation [59]) (beneficium adhaesionis) ist demjenigen des BOG (Art. 70) nachgebildet. Durch die Anschliessungsmöglichkeit ist es einer Partei, die sich ihrerseits bei einem ihr nur teilweise günstigen Urteil beruhigen will, gegeben, für den Fall der Anfechtung dieses Urteils durch den Gegner, ihre Anträge im weiteren Umfange aufrecht zu erhalten, als sie durch das Urteil geschützt wurden und eine Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu ungunsten des gegnerischen Appellanten (reformatio in pejus) anzustreben.

Zu diesem Zwecke hat der Präsident des Bezirksgerichtes, bei welchem die Appellation eingereicht wurde, nach Eintragung derselben in sein Verzeichnis (§§ 129, 323), das Appellationsbegehren sofort der Gegenpartei abschriftlich zur Kenntnis zu bringen (§ 325). Es geschieht dies durch Zustellung des Doppels der Appellationsschrift.

Die Anschlussfrist beträgt 5 Tage vom Empfange der genannten Anzeige an (§ 323) gerechnet (§ 325). Es ist dies eine Notfrist, wie die Appellationsfrist selbst und unterliegt den gleichen Bestimmungen (vgl. III, 1. hievor). Auch ein «eventueller» Anschluss für den Fall, dass der Gegner appelliert, sowie eine als Hauptappellation verspätete binnen der Anschlussfrist abgegebene Erklärung, wird als Anschliessung zu betrachten sein.[60])

Die Anschlussappellation ist beim Präsidenten des Bezirksgerichtes einzureichen (§ 326). Doch dürfte wie bei der Appellation die direkte Einreichung beim Obergericht dem Anschliessenden nicht schaden (VJS IV Nr. 98, XIII Nr. 21). Sie ist wie die Appellation in doppelter Ausfertigung einzureichen. Dem Gegner gibt der Präsident des Bezirksgerichtes von derselben sofort abschriftlich Kenntnis (durch Zustellung des Doppels), § 326.

[59]) *Zumbühl*, S. 63.

[60]) *Leuch*, N. 3 zu Art. 340 bern. ZPO, a. M. *Weiss*, S. 113 für das Bundesgericht.

Der Appellant hat lediglich die Möglichkeit, mit Rücksicht auf die Anschlussappellation seine Appellation zu erweitern, sofern die Frist des § 321 noch nicht abgelaufen ist. Anschluss an die Anschlussappellation ist unzulässig.

Darf der Appellant, wenn die Gegenpartei auch ihrerseits selbständig Appellation gegen das Urteil eingelegt hat, Anschlussappellation erklären?

Die Frage wird praktisch, wenn z. B. der Appellant das Urteil nur im Kostenpunkte angefochten hat und sich mit der nur teilweise ihm günstigen Entscheidung in der Hauptsache zufrieden gibt, der Gegner aber mit selbständiger Appellation die Entscheidung in der Hauptsache anficht. Kann in diesem Falle die erstere Partei durch Anschlussappellation den Entscheid gleichfalls in der Hauptsache anfechten?

Diese Frage, die die Judikatur noch nicht beschäftigt hat, ist u. E. zu verneinen. Die Einlegung der Hauptappellation schliesst das Recht des Appellanten auf Anschlussappellation aus. Die Gründe sind folgende:

Die Anschlussappellation wäre in diesem Falle nichts anderes als eine Erweiterung der Appellationsbegehren. Eine solche ist aber nach Ablauf der Appellationsfrist nicht mehr zulässig. Die zehntägige Frist des § 321 ist eine Notfrist. Nach ihrem Ablauf kann nur noch Rückzug oder Abstand erklärt werden, nicht aber Erweiterung des Appellationsbegehrens. Der Appellant hat von seinem Recht, das Urteil anzufechten, durch Einlegung der Appellation innerhalb der gesetzlichen Frist Gebrauch gemacht. Ein weiteres Rechtsmittel steht ihm nicht zu. Hat der Gegner seine selbständige Appellation so frühzeitig erklärt, dass der erste Appellant noch während der zehntägigen Frist seine Appellation erweitern kann, so ist für die Anschlussappellation kein Bedürfnis vorhanden. Eine Erweiterung innerhalb der Notfrist ist zulässig. Ist diese Frist aber abgelaufen, so kann eine solche Erweiterung — mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung — nicht auf dem Umwege der Anschlussappellation zugelassen werden.

Ihrem Sinn und Zweck nach ist die Anschlussappellation eben nur als das Rechtsmittel derjenigen Partei gedacht, die von der selbständigen Appellation keinen Gebrauch gemacht hat.

Legitimiert zur Anschlussappellation ist der «Appellationsbeklagte (§ 325). Es ist dies also die Gegenpartei des Appellanten, nicht seine Nebenpartei (Streitgenosse, Nebeninter-

venient). Sind als Kläger mehrere Streitgenossen (echte oder unechte) aufgetreten und wurde die Klage für einige derselben gutgeheissen, für andere abgewiesen, so können der Appellation des Beklagten gegen das gutheissende Urteil sich nicht die abgewiesenen Streitgenossen der Gegenpartei anschliessen und Gutheissung ihrer Klage verlangen. Sie müssen selbständig appellieren (BE 24 II 290 ff.). Das gleiche Prinzip gilt bei passiver Streitgenossenschaft, indem als Appellationsbeklagter stets nur derjenige angesehen werden kann, der mit dem Appellationskläger in demselben Prozessverhältnis steht.[61]) Die Anschliessung wirkt nur gegenüber dem Appellierenden von mehreren Gegnern, nicht auch gegenüber seinen nichtappellierenden Streitgenossen.

Der Bereich der Anschlussappellation erweitert sich jedoch im Fall der Widerklage, indem hier die gleiche Partei sowohl Appellation (mit Bezug auf die Hauptklage) als auch Anschlussappellation (mit Bezug auf die Widerklage) erklären kann.

Im übrigen ist auch zur Anschlussappellation nur die durch das Urteil (Urteilsdispositiv) beschwerte Partei legitimiert hinsichtlich der Punkte, in denen sie beschwert ist. Verzicht auf die Appellation schliesst im Zweifel die Anschlussappellation nicht aus, da der Verzicht in der Regel unter der Voraussetzung erfolgt, dass sich auch die Gegenpartei beim Urteil beruhigen wird (so deutsche ZPO § 521).[62])

Hinsichtlich der Form und Inhalt gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Appellation. Die Erklärung muss also schriftlich geschehen. Sie muss angeben, inwieweit das Urteil angefochten wird und muss bestimmte Appellationsanträge enthalten.[63]) Eine Begründung ist ebensowenig zulässig wie bei den Hauptappellationsanträgen.

Inhaltlich ist die Anschlussappellation nicht beschränkt auf den Gegenstand der Appellation. Sie kann sich gleich der eigenen Appellation auf einen Teil des angefochtenen Urteils beziehen, der mit dem durch Appellation angefochtenen Teil nicht im Zusammenhang steht (BE 39 II 806[2]).[64]) Sie kann auch die Kostenansätze allein anfechten, obschon sie gemäss § 61 kein Gegenstand selbständiger Appellation sind, weil sie infolge der Appellation ohnehin Gegenstand der Ueberprüfung geworden sind. Sie

[61]) *Weiss*, S. 116; *Keller*, N. 2 zu § 328, weitergehend *Reichel*, S. 76.
[62]) *Weiss*, S. 117.
[63]) *Keller*, N. 1 zu § 326.
[64]) *Weiss* S. 118; *Leuch*, N. 3 zu Art. 340 bern. ZPO; *Keller*, N. 3 zu § 325.

kann anderseits den Hauptpunkt des Urteils anfechten, wenn die Appellation selbst nur gegen die Ordnung der Kostenpflicht (§§ 53—58) sich richtet.[65])

Doch sind lediglich Anträge auf Abänderung des Urteils, nicht auf Abänderung der prinzipalen Appellationsbegehren Gegenstand der Anschlussappellation. Wenn § 325 auch nur von «Abänderungsanträgen» spricht, offenbar im engern Anschluss an Art. 70 BOG, so ist das kaum so aufzufassen, dass Anträge auf Aufhebung des Urteils und Rückweisung unzulässig wären. Dadurch wäre dem Anschlussappellanten in vielen Fällen der Anschluss verunmöglicht, in denen ein solches Rückweisungsbegehren materiellrechtlicher Natur ist (vgl. III. 2. hievor).[66]) Es liegen jedoch keine Anhaltspunkte für eine so enge Interpretation vor, insbesondere nicht dafür, dass der Gesetzgeber die Anschlussappellation gegenüber der Appellation in dieser Richtung hätte einschränken wollen.

Was die Wirkung der Anschlussappellation betrifft, so beruht sie hauptsächlich auf der Ermöglichung einer reformatio in pejus zu ungunsten des (Haupt-) Appellanten. Eine solche wäre sonst unmöglich, da die Appellationsinstanz die Sache nur im Rahmen der Anträge des Appellanten zu überprüfen und neu zu beurteilen hat.

Anderseits hat die Anschlussappellation keine selbständige Existenz. Sie steht und fällt mit der (Haupt-) Appellation: «Der Anschluss fällt dahin, wenn die Appellation zurückgezogen wird oder das Obergericht dieselbe als ungültig verwirft» (§ 326 III). Ausserdem kann naturgemäss auch die Anschlussappellation allein zurückgezogen werden, was aber die Hängigkeit der Appellation in keiner Weise beeinflusst. Der Rückzug des Anschlusses kann immer nur beim Obergericht geschehen (§ 328 II).

---

[65]) *Keller*, N. 5 zu § 326, a. M. Z. f. schw. R. 1900, N. F., S. 164, doch mit Bezug auf luzernisches Recht. Für das aargauische Recht kennt § 325 keine Beschränkung dieser Art.

[66]) *Weiss*, S. 118/119.

V. Das Appellationsverfahren.[67])

Das Appellationsverfahren lässt sich in drei Stadien einteilen: dem Einlegungsstadium, dem Prüfungsstadium und dem Verhandlungs- und Beurteilungsstadium.

Das Einlegungsstadium (§§ 321, 323, 325 und 326) beginnt mit der Zustellung des Urteils an die Parteien und endigt mit dem Ablauf der Anschlussappellationsfrist.

Das Prüfungsstadium bezweckt die Feststellung des Vorhandenseins der Appellationsvoraussetzungen (Zulässigkeit und Formgültigkeit), § 327. Es beginnt mit dem Eingang der Akten an das Obergericht (§ 324), kann aber eventuell auch schon früher beginnen, wenn die Appellation direkt beim Obergericht eingereicht wird (vgl. III, 1. hievor). Es kann aber auch in das dritte Stadium übergreifen, wenn z. B. der Mangel einer Voraussetzung erst während der Verhandlung zutage tritt.

Das Verhandlungs- und Beurteilungsstadium ist der Abschnitt der materiellen Behandlung der Appellation und ihrer Beurteilung (§§ 330—333). Eine scharfe Scheidung dieser beiden Prozesstätigkeiten lässt sich nicht durchführen.

1. Das Einlegungsstadium.

Von der stellvertretenden Tätigkeit der Unterinstanz wurde bereits hervorgehoben, dass der Präsident des Bezirksgerichtes das Appellationsbegehren entgegennimmt, dasselbe in sein Verzeichnis einträgt und der Gegenpartei sofort abschriftlich zur Kenntnis bringt (§ 323). Ueber die Vorkehrungen im Falle, dass der Appellation eine Begründung beigefügt wird, vgl. III. 2. hievor.

Die Appellation kann ausser dem bereits behandelten Inhalt noch die Erklärung enthalten, dass die appellierende Partei auf

[67]) *Zumbühl*, S. 77 ff.

den mündlichen Vortrag vor dem Obergerichte verzichte (§ 322 II). In diesem Falle ist die andere Partei davon sofort in Kenntnis zu setzen und zur Abgabe ihrer Erklärung binnen der Frist von 6 Tagen aufzufordern. Erfolgt keine Erklärung, so bildet dies eine unwiderlegbare Präsumtion für ihre Zustimmung (§ 322 II). Durch diese Vorschrift soll offenbar die volle Schriftlichkeit des Verfahrens begünstigt werden, das — wie aus den weitern Ausführungen erhellen wird — ohnehin kein mündliches im eigentlichen Sinne dieses Wortes genannt werden kann.[68]) Die Parteien können auch beiderseits zum voraus auf den mündlichen Vortrag verzichten (§ 322 I).

Der Gerichtspräsident hat sodann die Gerichtsakten an das Obergericht einzusenden, und zwar binnen zwei Tagen nach Einlegung der Appellation, sofern die appellierende Partei auf den Vortrag nicht verzichtet hat, sonst binnen 10 Tagen (§ 324 I). Die nur zweitägige Frist zur Einsendung der Appellation bewirkte, dass Anschlussappellationen, die später eingelaufen sind, dem Obergericht nachträglich nachgesandt werden mussten. Mit Kreisschreiben vom 24. November 1912 (VJS XIII 158) wurden daher die Bezirksgerichte angewiesen, die zweitägige Frist erst vom Ablauf der Frist für die Anschlussappellation an zu berechnen und demgemäss mit der Aktenversendung jeweilen bis nach Ablauf der Anschlussappellationsfrist zuzuwarten, damit das Obergericht zur gleichen Zeit in den Besitz von Appellation und Anschlussappellation gelange.

In eine Prüfung der Zulässigkeit der Appellation oder ihrer rechtzeitigen Einreichung hat sich der Präsident des Bezirksgerichtes, oder das Bezirksgericht selber, nicht einzulassen (§ 324 II, VJS III 189).

Ausser dieser stellvertretenden Tätigkeit fällt auch noch die Entgegennahme der Anschlussappellation und die Verständigung der Gegenpartei von derselben in den Bereich des Bezirksgerichtspräsidenten (§ 326 I und II).

2. Das Prüfungsstadium.

Die erste Kognitionstätigkeit des Obergerichtes betrifft die Prüfung der Formvorschriften und der Zulässigkeit der Appel-

[68]) *Keller*, N. 4 zu § 3.

lation (§ 327). Die Kognition steht nicht etwa dem Präsidenten, sondern nur dem ganzen Gerichte bzw. deren Abteilungen zu.[69])

Gemäss § 327 bezieht sich die Prüfung darauf, «ob die Appellation an sich statthaft und gesetzlich eingelegt sei». Die Prüfung erfolgt «von Amts wegen». Es liegt somit eine Ausnahme von der in §§ 1 und 2 statuierten Verhandlungsmaxime vor. Das Obergericht ist bei dieser Kognition von keinem Parteibegehren abhängig, was aber der Partei das Recht nicht benimmt, auch ihrerseits Mängel der Appellation geltend zu machen.

Der Umstand, dass es sich hier um eine richterliche Amtstätigkeit handelt, hat aber auch zur Folge, dass das Obergericht durch den Kompetenzentscheid der Unterinstanz, d. h. des Präsidenten des Bezirksgerichtes, durch welchen ja auch die Appellabilität ausgesprochen wird, nicht gebunden ist. Dies selbst dann, wenn dieser Entscheid, der nach § 107 II mit Beschwerde gesondert anfechtbar ist, durch Unterlassung der Anfechtung rechtskräftig geworden ist.[70]) So hat das Obergericht in einem Urteil vom 10. Februar 1911 (VJS XI 40 Nr. 8) sich ausdrücklich in diesem Sinne ausgesprochen: «Der Umstand, dass der Gerichtspräsident . . . den (Wiederherstellungs-) Prozess als appellabel erklärte, dass die Parteien den Kompetenzentscheid nicht angefochten und dass infolgedessen der Prozess vor erster Instanz in den Formen des appellablen Prozesses geführt wurde, entbindet das Obergericht nicht von der Pflicht, zu prüfen, ob das richtige Rechtsmittel gewählt worden sei.»

Die Prüfung des Obergerichts erstreckt sich auf sämtliche prozessuale Voraussetzungen der Appellation. Es hat zunächst die objektiven Voraussetzungen des § 319 zu prüfen, insbesondere ob ein appellabler Entscheid vorliegt und ob der angefochtene Teil dieses Entscheides appellabel ist (z. B. Festsetzung des Kostenbetrages (§ 61) oder Ordnung der Kostenpflicht (§§ 53—58 und 61 bis). Im Rahmen dieser Voraus-

[69]) Das *Obergericht* besteht aus neun Mitgliedern mit zwei Ersatzmännern, wovon einer als ständiger Ersatzmann und zugleich als Versicherungsgerichtspräsident amtet. Das Obergericht bildet zwei fünfgliedrige Abteilungen zur Beurteilung der Appellationen, der zivilrechtlichen Beschwerden, der Verwaltungsstreitigkeiten und der Strafsachen. Die Geschäftsverteilung unter die beiden Abteilungen wird durch das vom Obergericht zu erlassende Reglement bestimmt. (Vgl. Staatsverfassung Art. 50; Vo. betr. die komm. Behandlung der Gesch. b. Oberg. vom 29. Nov. 1915, § 1, und Reglement vom 27. Dezember 1915, § 1.)

[70]) *Keller*, N. 1 zu § 327.

setzungen unterliegt im besonderen auch die Bewertung des Streitgegenstandes der Ueberprüfung des Obergerichtes. In dem obzitierten Urteil von 1911 war es gerade die Bewertungsfrage, deren Entscheidung durch die Unterinstanz das Obergericht korrigiert hat. Der Präsident des Bezirksgerichtes hat einen von den Parteien nicht angefochtenen Kompetenzentscheid gefällt, durch welchen er den Wiederherstellungsprozess als appellabel erklärte, trotzdem die rechtskräftig entschiedene Streitsache, auf die sich das Wiederherstellungsgesuch bezog, einen Streitwert unter Fr. 300 aufwies. Er hat dabei offenbar darauf abgestellt, dass neben der ursprünglichen Streitsumme auch noch die früheren Prozesskosten geltend gemacht wurden. Diese Anschauung war jedoch rechtsirrtümlich, weshalb das Obergericht auf die Appellation nicht eintrat.

Sodann hat das Obergericht aber auch die subjektiven Voraussetzungen zu prüfen, insbesondere, ob der Appellant beschwert ist, ob er zur Einlegung des Rechtsmittels materiell und formell legitimiert ist und ob nicht eine Verwirkung durch Verzicht (Rückzug) vorliegt. Schliesslich sind die Formalien der Appellation nach § 321 zu prüfen, also die Einhaltung der Frist, die Bezeichnung des angefochtenen Urteils, die Stellung eines materiellen Hauptantrages, der Erlag der Appellationstaxe.

Die gleiche Prüfungspflicht von Amts wegen hat das Obergericht, obschon es in § 327 nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, in bezug auf die Anschlussappellation.

«Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Appellation zu verwerfen, und es ist der Appellationskläger zur Tragung der durch die Appellation entstandenen Kosten zu verfällen» (§ 327, zweiter Satz).

Danach entscheidet das Gericht über die Prozessvoraussetzungen in jedem Falle ohne mündliche Parteiverhandlung ausschliesslich auf Grund der Aktenlage. Doch ist nicht ausgeschlossen, dass zur Ueberprüfung der Schätzung des Streitgegenstandes die Zuziehung von Sachverständigen oder gar die Vornahme eines Augenscheines erfolgen kann (§§ 336, 107).

Die Entscheidung erfolgt durch Urteil. Im Sinne des § 327 müsste der Urteilsspruch lauten: «Die Appellation wird als ungültig verworfen.» Doch kann die Formel zweifellos auch lauten: «Auf die Appellation wird nicht eingetreten.» Ausser diesem Entscheid über das Rechtsmittel hat das Obergericht

auch noch einen Kostenentscheid im gleichen Urteil zu treffen, und zwar im Sinne der Verfällung des Appellanten in die durch die Appellation verursachten Kosten. Zu denen gehören nicht nur die Gerichtskosten, sondern auch die für eine etwaige Anschlussappellation des Appellationsbeklagten, vorausgesetzt, dass die Anschlussappellation nicht gleichfalls sich als unzulässig oder formwidrig erweist. In die Kosten des Appellationsbeklagten wird übrigens der Appellant von Amts wegen verfällt (§ 1 II).[71])

Erweist sich lediglich die Anschlussappellation als unzulässig oder formwidrig, so wird sie wohl nicht durch besonderes Urteil, sondern im Haupturteil über die Appellation zurückgewiesen werden.

3. Die materielle Verhandlung und Beurteilung.

Ergibt die Prüfung Formrichtigkeit und Zulässigkeit der Appellation, so tritt das Gericht in die materielle Behandlung derselben ein. Diese geschieht entweder mit oder ohne Parteiverhandlung. Ohne Parteiverhandlung wird die Appellation behandelt, wenn die Parteien nach § 322 auf den mündlichen Vortrag verzichtet haben. Sonst tritt das mündliche Verfahren ein.

Der Obergerichtspräsident ordnet zu diesem Zwecke eine Tagfahrt zur Verhandlung an und lässt den Parteien wenigstens acht Tage früher die Vorladung mit der Anzeige zustellen, dass die Akten während acht Tagen zur Einsicht auf der Obergerichtskanzlei liegen (§ 330).

Da nach § 336 für das Verfahren, soweit keine Ausnahmen bestimmt sind, die gewöhnlichen Vorschriften zur Anwendung kommen, so treffen auch die Säumnisfolgen nach § 85 ff. ein. Danach hat das erstmalige unentschuldigte Ausbleiben einer Partei oder beider Parteien nur Kosten- und Bussefolgen (§§ 85, 86). Die Kosten sind Gerichtskosten, bzw. auch noch die Kosten der erschienenen Partei (§ 85 I). In der zweiten Vorladung sind die Rechtsbegehren der erschienenen Partei und die Folgen einer zweitmaligen unentschuldigten Säumnis anzugeben (§ 85 II). Da neue Rechtsbegehren in der Appellationsverhandlung nicht gestellt werden können, so kann es sich nur um das Begehren der erschienenen Partei handeln, die Appellations- oder Anschlussbegehren des Säumigen als dahingefallen zu betrachten.

[71]) *Keller*, N. 5 zu § 327.

Gibt eine Partei auch der zweiten Vorladung keine Folge, so soll nach § 85 III der anwesenden Partei ihr Begehren zugesprochen werden, sofern dasselbe nach den Akten nicht als offenbar ungerechtfertigtes erscheint. In Anwendung dieser Bestimmung muss somit bei Ausbleiben des Appellanten auf Antrag des erschienenen Appellaten die Appellation abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt werden. Die Appellation gilt nicht etwa als dahingefallen, sondern sie ist meritorisch abzuweisen.

Wie aber, wenn die Appellation offenbar gerechtfertigt, somit der Abweisungsantrag offenbar ungerechtfertigt ist? Ist die diesbezügliche Bestimmung des § 85 III ohne weiteres auch auf die Appellation anwendbar? Diese Frage ist unseres Erachtens zu verneinen. Das Appellationsverfahren unterscheidet sich von dem der ersten Instanz dadurch, dass gegen die Appellationskläger bereits ein richterliches Urteil vorliegt. Wenn er durch sein Nichterscheinen bekundet, dass er zu seiner Appellation nicht steht, so kann das Begehren des Appellaten auf Bestätigung des angefochtenen Urteils nicht als offenbar ungerechtfertigt erscheinen, selbst wenn die Appellation an sich begründet wäre.

Bleibt anderseits der Appellat aus, so können unseres Erachtens auf Grund des § 85 III die Appellationsbegehren nicht ohne weiteres gutgeheissen werden, sobald sie nur nicht offenbar ungerechtfertigt erscheinen. Dass in jedem Falle Aktenprüfung stattzufinden habe, folgt schon aus dem Wortlaut des § 85. Diese Aktenprüfung wird aber weiter gehen müssen als bei einer Kontumazverhandlung erster Instanz, da eben ein begründetes richterliches Urteil vorliegt, über welches die zweite Instanz nicht leichthin hinweggehen kann. Das Ausbleiben des Appellaten kann unseres Erachtens nur die Folge haben, dass eine Anschlussappellation abgewiesen wird. Das ist wegen des Verbots der reformatio in pejus von Bedeutung. Darüber hinaus bleibt das Ausbleiben des Appellaten auf die Behandlung der Appellation ohne Bedeutung.

Haben beide Parteien appelliert, so wird die Appellation des ausbleibenden Appellanten abgewiesen. Bleiben beide Parteien von der zweiten Verhandlung unentschuldigt aus, so soll der Prozess nach § 86 vom Gericht als erledigt erklärt werden, indem jede Partei zur Zahlung einer Gerichtsgebühr zu verfällen ist. Wollte man diese Bestimmung wörtlich auf das Appellationsverfahren anwenden, so hätte das Ausbleiben beider Parteien

von der Verhandlung zur Folge, dass der ganze Prozess mitsamt dem Urteil erster Instanz als gegenstandslos abgeschrieben werden müsste. Das kann sicherlich nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein. In sinngemässer Anwendung des § 86 II ist bei zweitmaligem Ausbleiben beider Parteien vielmehr lediglich die Appellation (mitsamt der Anschlussappellation) als erledigt zu erklären.

Diese Erklärung erfolgt nicht in Urteilsform, weil kein Erkenntnis des Gerichtes vorliegt, sondern in Form eines Abschreibungsbeschlusses. Die Wirkung ist, dass das erstinstanzliche Urteil, wie etwa bei Rückzug der Appellation, rechtskräftig wird.

De lege ferenda würde es sich empfehlen, die Bestimmung zu treffen, dass das Ausbleiben der Parteien bei der Appellationsverhandlung keinen Nachteil für sie hat. Eine solche Bestimmung wäre gerechtfertigt, da ja die Parteien ohnehin zum voraus auf die mündliche Verhandlung verzichten können und auch ein im Stadium der materiellen Behandlung erklärter Verzicht zweifellos noch den Säumnisfolgen vorbeugt, da § 322 I die Verzichterklärung in keiner Weise befristet.[72])

Die Wiederherstellung gegen die Folgen der Säumnis erscheint übrigens nach § 103 auch für die Appellationsverhandlung gemäss § 336 zulässig.

Der Inhalt der mündlichen Verhandlung ist begrenzt durch die Appellations- und Anschlussbegehren. Er ist des weitern begrenzt durch die Bindung des Obergerichtes an das vor Untergericht gesammelte Prozessmaterial, welches Grundlage des Urteils ist. Versteht man unter Mündlichkeit des Verfahrens ein solches, wobei der erkennende Richter nur auf Grund des gesprochenen Wortes und der unmittelbaren Wahrnehmung entscheidet (herrschende Meinung),[73]) so ist das Appellationsverfahren ein schriftliches zu nennen.[74])

An der Schriftlichkeit des Verfahrens ändert wenig der mündliche Vortrag, zu welchem nach § 331 II jede Partei einmal zugelassen wird. Er bleibt nämlich angesichts des Nova-Verbotes auf Rechtserörterung und Aktenwürdigung beschränkt.

---

[72]) Die bernische ZPO, die gleichfalls den ausdrücklichen Verzicht auf die mündliche Verhandlung kennt (Art. 205), lässt bei Ausbleiben der Parteien ohne erklärten Verzicht das angefochtene Urteil rechtskräftig werden (Art. 353).

[73]) *Renaud*, S. 208; *Bar*, Recht und Beweis, S. 44 ff., 73.

[74]) *Keller*, N. 4 zu § 3 und Vorbem. vor § 319.

Auch ist Mittelbarkeit des Verfahrens Prinzip. Beweisaufnahmen, nicht für neue, sondern für rechtzeitig in erster Instanz angetragene Beweise, kann das Obergericht selbst vornehmen, aber auch durch eine Abordnung aus seiner Mitte oder durch das Bezirksgericht oder eine Abordnung desselben aufnehmen lassen (§ 332). Jedenfalls ist der Mündlichkeit bei Beweisaufnahmen durch Vorladung der Parteien zu derselben Rechnung getragen (§ 332 letzter Satz).

Das Verbot der Nova ist nirgends ausdrücklich ausgesprochen, wie etwa in Art. 80 BOG. Es folgt mittelbar aus der ganzen Gestaltung des Institutes der aargauischen Appellation und wurde von der Judikatur auch stets strikte aufrechterhalten (VJS I Nr. 90, 91; IV Nr. 109; VIII Nr. 40). Die Sammlung des Prozeßstoffes steht ausschliesslich der ersten Instanz zu. Neuer Prozeßstoff darf im Appellationsverfahren nicht mehr hinzugetragen werden. Aus dem Verbot der Nova folgt sowohl der Ausschluss neuer Tatsachen als auch neuer Begehren, Einreden, Bestreitungen und Beweismittel. Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

Neuen Tatsachen sind gleich zu stellen neue tatsächliche Behauptungen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob es sich um neue Tatsachen handelt, die sich vor oder nach dem erstinstanzlichen Urteil ereignet haben. Für erstere hilft das Rechtsmittel der Wiederherstellung (§§ 349 ff.), soweit sie die Partei erst seit der Verhandlung des Rechtsstreites entdeckt hat. Aus letzterem entsteht eventuell ein neuer klagbarer Anspruch.

Entscheidend hiefür, ob eine tatsächliche Behauptung vorgebracht worden ist oder nicht, ist die Verurkundung des Prozessstoffes durch die Unterinstanz. Es ist Sache der Parteien, die richtige Protokollierung ihrer Anbringen zu überwachen. Da das Protokoll ihrer Unterzeichnung bedarf (§ 121 II), so können sie dasselbe sich vorlesen lassen oder selber nachlesen [75]) und allfällige Unrichtigkeiten korrigieren lassen. Sollte die Korrektur verweigert werden, so kann die Partei ihre Unterschrift unter Angabe des Grundes versagen, worüber ein Vermerk ins Protokoll aufzunehmen ist.[76]) Nur unter Beobachtung dieser Vorsichtsmassregeln könnte unseres Erachtens vor Obergericht die

[75]) *Keller*, N. 4 zu § 133.
[76]) *Keller*, N. 7 zu § 121.

Verurkundung angefochten werden. Das Protokoll, das nach § 159 eine öffentliche Urkunde bildet, ist nämlich in diesem Falle nicht «in der vorgeschriebenen Form» (§ 158) aufgenommen, bzw. der Gegenbeweis der Unrichtigkeit nach § 179 wird durch Nichtanerkennung bereits in erster Instanz vorbehalten.

Die Nichtberücksichtigung neuer Tatsachen bezieht sich jedoch nur auf den materiellen Prozeßstoff.[77]) Neue Verfahrenstatsachen können auch in appellatorio geltend gemacht werden und müssen berücksichtigt werden. Dazu gehören beispielsweise: eintretende Handlungsunfähigkeit, Tod, Konkurs einer Partei.[78])

Den neuen Behauptungen stehen neue Bestreitungen gleich. Fraglich könnte die Zulässigkeit neuer Begehren sein, die als mindere in anderer Form schon in dem weitergehenden früheren Begehren enthalten waren, wenn zu ihrer Begründung nicht neue Tatsachen vorgebracht werden müssen.[79]) Solche Fälle sind beispielsweise das Begehren einer Rente statt der ursprünglich begehrten Kapitalentschädigung oder umgekehrt. Sie dürften nach der Struktur des aargauischen Zivilprozesses zuzulassen sein, soweit sie sich nicht im Einzelfalle als Klageänderung in technischem Sinne darstellen (über Klageänderung vgl. VJS VI Nr. 90; VII S. 154 sub 5, IX S. 92 sub 4).

Unzulässig sind neue Einreden, insoweit sie sich auf faktische, nicht aber insoweit sie sich auf rechtliche Grundlagen stützen. Letztere sind ja ohnehin von Amts wegen bei der rechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen. Darum ist die Erhebung der Einrede der Verjährung in appellatorio unzulässig, weil sie nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist, jedoch ist die Einrede der Klaglosigkeit zulässig (BE *23* 244[4], 26 II 301[7]).

Neue Beweisanträge und neue Beweismittel, d. h. solche, die nicht bereits vor der Unterinstanz beantragt oder nicht vorgelegt wurden, können in appellatorio nicht mehr benutzt werden. § 352, der von Beweisaufnahmen spricht, die das Obergericht noch für erforderlich erachtet, bezieht sich nur auf prozessordnungsmässig, d. h. rechtzeitig im Sinne des § 336 angetragene Beweise (VJS VIII Nr. 40). Dagegen sind neue Be-

[77]) Anders die bernische ZPO, die neue Tatsachen und Beweisführungen in appellatorio zulässt (Art. 347, 348), was dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung angemessen erscheint.

[78]) *Weiss*, S. 159, BE 33 II, 33.

[79]) Bejahend *Weiss*, S. 101, strenger BE 26, 345[5], 28 II, 255, 31 II, 696[5].

weisanträge u. E. in allen Fällen zulässig, in denen das Obergericht auch von Amts wegen sie vornehmen könnte. So bedarf es für den Echtheitsbeweis einer Urkunde gemäss § 174 II keines besondern Beweisantrages, d. h. also, dass er auch von Amts wegen durchgeführt werden kann. Das gleiche ist der Fall beim Beweis durch Sachverständige, die der Richter beliebig von sich aus zuziehen kann (§ 203), wenn auch nicht inquisitorisch zur Herbeischaffung neuen Prozeßstoffes, so doch zur Begutachtung des von den Parteien beigebrachten Prozeßstoffes.[80]) Schliesslich darf der Richter unter den gleichen Bedingungen auch einen Augenschein vornehmen (§ 217). Im Sinne des § 336 gelten diese Bestimmungen auch für die zweite Instanz. Darauf abzielende neue Beweisanträge sind darum nicht zurückzuweisen, aber sie haben lediglich die Bedeutung von Anregungen für das Obergericht, von seiner Diskretionsgewalt in dieser Richtung Gebrauch zu machen.

Unbeschränkt ist die Befugnis des Obergerichtes auf Grund des § 332 unterinstanzliche Beweisanträge, die zurückgewiesen oder nicht beachtet worden sind, zu berücksichtigen, unvollkommene und mangelhafte Beweisaufnahmen zu ergänzen, ja auch vollständig durchgeführte Beweise neu zu wiederholen, um ihre Ergebnisse auf Grund eigener, unmittelbarer Beobachtung frei würdigen zu können. — Mit Recht empfiehlt Keller,[81]) von dieser Freiheit recht ausgiebigen Gebrauch zu machen, um auf diese Weise einen «wichtigen Bestandteil des Mündlichkeits- resp. Unmittelbarkeitsprinzips für das Appellationsverfahren» zu retten.

Wie bereits anlässlich der allgemeinen Charakterisierung der Appellation hervorgehoben worden ist, umfasst die Ueberprüfung in appellatorio im Rahmen der Anträge nicht nur die rechtliche, sondern auch die t a t s ä c h l i c h e Seite. Dem Obergericht steht daher die Beurteilung der Tatfrage im allgemeinen und der Feststellung des Ergebnisses der Beweisführung im besondern ohne Einschränkung zu.

---

[80]) *Keller*, N. 3 zu § 203, VJS IV, N. 40.
[81]) *Keller*, N. 4, letzter Abs. zu § 3.

VI.

Der Appellationsentscheid.

1. Abschreibungsbeschluss.

Das Schicksal, das die Appellation erleidet, kommt in der Entscheidung zum Ausdruck, die das Obergericht über sie trifft.

Diese Entscheidung kann zunächst eine solche sein, dass die Appellation als nicht eingebracht angesehen wird: sie wird abgeschrieben (Abschreibungsbeschluss). Es tritt dies in folgenden Fällen ein:

a) Wenn beide Parteien, die auf den mündlichen Vortrag nicht verzichtet haben, zum zweitenmale säumig sind (§§ 86 II, 336, vergl. V, 3. hievor). Das angefochtene Urteil erwächst mit dem Abschreibungsbeschluss in Rechtskraft.

b) Wenn die Appellation zurückgezogen wird. Geschieht der Rückzug vor der Akteneinsendung an das Obergericht (§ 328), so bedarf es keines Abschreibungsbeschlusses, da das Obergericht mit der Sache überhaupt nicht befasst wird. Geschieht der Rückzug nach diesem Zeitpunkt, so muss er zu seiner Gültigkeit beim Obergericht erklärt werden (§ 328 II), und dasselbe fasst hierauf den Abschreibungsbeschluss. Die Wirkung ist die gleiche wie ad a. Die Appellationsgebühren werden nicht zurückerstattet (§ 329).

Mit dem Rückzug der Appellation fällt auch die Anschlussappellation dahin (§ 326 III). Ein besonderer Beschluss wird darüber nicht gefasst. Auf die Appellation der andern Streitgenossen und auch des Nebenintervenienten, der ja immer ein streitgenössischer ist (§ 32), wirkt der Rückzug nicht (vgl. auch II. B. 2. hievor). Doch kann der Nebenintervenient seine Appellation nicht gegen den Willen der Hauptpartei aufrecht erhalten.

c) Wenn der Appellant den Abstand vom Prozess erklärt (§ 328). — Der Prozessabstand, der einer besonderen Vollmacht bedarf (§ 47 lit. a), kann vor oder nach der Akteneinsendung an das Obergericht erklärt werden. Im ersteren Falle wird die Appellation überhaupt dem Obergericht nicht vor-

gelegt, so dass dieses mit der Sache gar nicht befasst wird. Im letzteren Falle muss die Abstandserklärung beim Obergericht selbst abgegeben werden.

Der Abstand unterscheidet sich vom Rückzug dadurch, dass er nicht nur auf das eingebrachte Rechtsmittel sich bezieht, sondern auf den ganzen Prozess. Er bedeutet die Unterwerfung des Erklärenden unter die Begehren der Gegenpartei, deren Rechtsansprüche dadurch anerkannt und — soweit sie dessen bedürfen — vollstreckungsfähig werden wie ein rechtskräftiges Urteil, § 374 lit. d (VJS VII Nr. 90). Durch den Abschreibungsbeschluss wird in diesem Fall nicht das angefochtene Urteil rechtskräftig, sondern die Abstandserklärung tritt anstelle dieses Urteils. Sie schafft selbständig Rechtskraft unter den Parteien. Schon die alte Prozessordnung hatte ausdrücklich bestimmt: «Einem rechtskräftigen Urteil wird gleichgeachtet ein vor Gericht erklärter Abstand vom Streite . . .» (§ 419 II). [82])

d) Aehnlich dem Abstand schafft auch der gerichtlich verurkundete V e r g l e i c h Rechtskraft unter den Parteien (§ 374 lit. e). Er tritt an Stelle des angefochtenen Urteils.

e) Ueber Unterbrechung des Prozesses bei Tod, Handlungsunfähigkeit oder Konkurs einer Partei enthält die Zivilprozessordnung keine Bestimmungen.[83]) In den Fällen des Art. 586 ZGB und 207 Sch.K., die eine U n t e r b r e c h u n g obligatorisch vorschreiben, und in allen andern, in denen an Stelle der bisherigen Partei ihr Erbe, die Konkursmasse oder ihr gesetzlicher Vertreter eine Fortsetzungserklärung abgeben muss, wird die Nichtabgabe der Erklärung für die nach Einreichung der Appellation verstorbene, in Konkurs verfallene oder handlungsunfähig gewordene Partei das Dahinfallen der Appellation zur Folge haben. Die Wirkung des Abschreibungsbeschlusses ist die gleiche wie ad a.

f) Die Nichtbezahlung bzw. nicht rechtzeitige Bezahlung der A p p e l l a t i o n s t a x e bewirkt gleichfalls eine Abschreibung der Appellation (vgl. II. 3. hievor).

2. Nichteintretensentscheid.

In allen diesen Fällen kommt es nicht zu einem Entscheid über die Appellation selbst. Zu einem Nichteintretensentscheid kommt es zunächst, wenn die Z u l ä s s i g k e i t d e s R e c h t s -

[82]) Vgl. auch *Keller*, N. 6 zu § 374.
[83]) *Keller*, N. 3 zu § 94, N. 2 vor § 104.

mittels zweifelhaft ist. Muss die Zulässigkeit verneint werden, so verschliesst das Obergericht dem Appellanten sein Forum. Die Formel hiefür lautet: «Auf die Appellation wird nicht eingetreten».

Dies ist der Fall bei Verwirkung der Appellation wegen Verspätung (§ 321), wegen Formmängel (§ 321 zweiter Satz, vgl. III. 2. hievor) oder mangelnder Vollmacht (§ 44). Doch ist im letzteren Falle in analoger Anwendung des § 44 III eine Frist zur nachträglichen Vorlegung einzuräumen. Ist eine solche Frist nicht eingeräumt worden, so kann die Vollmacht bis zur Entscheidung noch nachgetragen werden (VJS X Nr. 82). Auch kann bei Nichtnachtragung der Vollmacht nicht Abweisung der Appellation erfolgen, wenn das Gericht oder die Gegenpartei die Vorlage überhaupt nicht verlangt hat (§ 44 I). In den Fällen des § 46 ist eine Vollmacht überhaupt nicht gefordert.

Auf die Appellation wird ferner nicht eingetreten wegen Fehlens der objektiven oder subjektiven Zulässigkeitsvoraussetzungen (vgl. Kp. II. hievor). Der Nichteintretensentscheid ist in allen Fällen ein Urteil («als ungültig zu verwerfen», § 327), welches die konkrete Berufung erledigt. Aber es ist ein Entscheid über das Rechtsmittel, nicht über die Streitsache.[84]) Die Wirkung ist, dass das angefochtene Urteil in Rechtskraft erwächst. Ueber die Appellationskosten vgl. V. 2 hievor.

3. Sachentscheid.

Sind sowohl die Formalien eingehalten als auch die Voraussetzungen der Appellation erfüllt, so tritt das Obergericht auf die Berufung ein. Die materielle Behandlung derselben kann führen entweder zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung zu neuer Verhandlung und Beurteilung oder zu einem Endurteil in der Sache selbst.

Was zunächst die Rückweisung anbetrifft, so weist die ZPO eine bedenkliche Lücke auf, indem darüber gar keine Bestimmungen getroffen sind. Ueber das Appellationsurteil sind nur zwei Bestimmungen getroffen: die des § 333, nach welcher die Minderheitsmeinung in das Urteil aufzunehmen ist, soweit es an eine eidgenössische Behörde weitergezogen werden kann, und die Bestimmung des § 334, nach welcher ein nicht weiter zieh-

[84]) *Weiss*, S. 315.

bares Appellationsurteil mit seiner Zustellung Rechtskraft erhält, insoweit nicht das Urteil selbst etwas anderes bestimmt.

Meritorische Bestimmungen über den zulässigen Inhalt des Urteils fehlen ganz. Einzig § 336 verweist auf die Anwendbarkeit der allgemeinen Verfahrensnormen. Wenn man im Sinne des § 336 die allgemeinen Bestimmungen der §§ 139—142 über das Urteil anwenden wollte, so müsste man zum Schlusse kommen, dass auch das Urteil der Appellationsinstanz immer ein «Endurteil» (§ 138) sein müsse, d. h. ein solches, welches den eingeklagten Anspruch materiell im Sinne des Zuspruches oder der Abweisung in der Instanz endgültig erledigt. Angesichts dessen wäre kein Raum für eine Aufhebung und Rückweisung zur neuerlichen Verhandlung an die Unterinstanz.

Allein die Judikatur hat seit je eine solche Aufhebung und Rückweisung als zulässige Art der Appellationsentscheidung nie in Frage gestellt und stets als selbstverständliche Möglichkeit behandelt. Sie gesetzlich zu begrüssen, dürfte allerdings schwer halten. Man könnte höchstens darauf hinweisen, dass auch nach allgemeinen Verfahrensvorschriften Zwischenentscheide (§§ 119, 136 u. a. m.) erlassen werden können, und besonders § 136 erklärt, dass das Gericht nach Schluss der mündlichen Verhandlung und Prüfung des ganzen Streitfalles das Endurteil erlässt «oder die nötigen Zwischenentscheide und Beweisbeschlüsse».

Es kommt anderseits in Betracht, dass von einem Zwischenentscheid, der ein Urteil aufhebt, in dieser Gesetzesbestimmung zweifellos keine Rede ist. Die Analogie trifft somit nicht ganz zu. Des weitern fehlt eine Bestimmung darüber, dass die rechtlichen Erwägungen der Urteile der Appellationsinstanz für die untere Instanz massgebend seien. Ohne eine solche Bestimmung ist aber die Rückweisung, wenn der Richter die Anschauungen der Oberinstanz sich nicht zu eigen machen will, in den meisten Fällen ein illusorischer Behelf. Die Praxis nimmt auch hier die Gebundenheit des Richters an die Anschauung der rückweisenden Oberinstanz stillschweigend an, trotzdem sie keine gesetzliche Grundlage hat. Ob man da von einem Gewohnheitsrecht oder einem blossen usus fori sprechen kann, lassen wir dahingestellt.

Die Frage, wann Aufhebung und Rückweisung und wann Endentscheid durch das Appellationsgericht selbst zu erfolgen habe, ist von Fall zu Fall besonders zu beurteilen. Vor allem ist davon auszugehen, dass das Appellationsgericht, wann immer

nur möglich, die Sache selber zu entscheiden habe. Da das Obergericht auch die tatsächlichen Feststellungen zu überprüfen hat und dies nur auf Grund des in erster Instanz gesammelten Materials geschehen kann (über die wenigen Ausnahmen vgl. V. 3. hievor), so ist bei mangelhaftem Material Aktenvervollständigung notwendig. Da jedoch das Obergericht selber ergänzende Beweisaufnahmen durchführen kann (insoweit sie in erster Instanz wenigstens beantragt wurden), so ist eine Aufhebung und Rückweisung nicht notwendig, insoweit es sich eben nur um ergänzende Massnahmen handelt.

Das Obergericht kann sich ohne Aufhebung des Urteils in diesen Fällen im Sinne des § 332 auch des Untergerichts selbst zur Durchführung der angeordneten Beweismassnahmen bedienen. Das Untergericht handelt hier als rogatorische Behörde.

Dagegen erscheint Rückweisung in allen Fällen geboten, in denen das Untergericht nur einen Teil der Streitsache oder eine zerstörliche oder prozesshindernde Einrede beurteilt hat und zu ihrer Gutheissung gelangt ist, das Obergericht aber zu ihrer Abweisung gelangt.[85])

Die Rückweisung ist in das freie Ermessen der Appellationsinstanz gestellt. Sie geschieht von Amts wegen und ist in dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urteils mitenthalten (vgl. die Ausführungen in III. 2. hievor). Das Interesse an rascher Prozesserledigung — nach § 335 soll die Appellation binnen drei Monaten beurteilt werden[86]) — und an Kostenersparnis verbietet die Rückweisung, wenn Entscheidungsreife vorhanden ist oder durch ergänzende Beweisaufnahmen des Obergerichtes (§ 332) ohne erhebliche Weiterungen erreicht werden kann. Auch bei Entscheidungsreife kann unter Umständen Rückweisung aus Zweckmässigkeitsgründen geboten sein, damit den Parteien die untere Instanz nicht verloren gehe.[87])

Die Rückweisung hat die rechtliche Natur eines Zwischenentscheides. Sie ist kein Urteil, weil sie weder über die Zulässigkeit des Rechtsmittels noch in der Sache selbst erkennt.[88]) Darum ist die Form die eines Beschlusses.

Die Aufhebung des Urteils ist nicht etwa eine teilweise. Das Urteil ist vielmehr ganz aufzuheben, immerhin nur

---

[85]) *Weiss*, S. 313; *Reichel*, Anm. 3 zu Art. 90 BOG, S. 90.
[86]) *Keller*, N. 1 zu § 335 bezeichnet diese Vorschrift allerdings als wertlos.
[87]) *Leuch*, N. 1 zu Art. 352 bern. ZPO.
[88]) *Weiss*, S. 132.

soweit es der Prüfung der Appellationsinstanz noch unterliegt und mit dem Verbot der reformatio in pejus verträglich ist. Eine Kassation von Amts wegen ohne Rücksicht auf Parteibegehren kennt die aarg. ZPO nicht. Neben dem Urteil ist das Verfahren aufzuheben, soweit es mangelhaft ist. Die Aufhebung kann sachlich begrenzt sein, z. B. hinsichtlich der Klage, der Widerklage oder zeitlich z. B. bis und mit der Beweisanordnung usw. Jedenfalls hat bei nur teilweiser Aufhebung des Verfahrens das Obergericht genau zu bestimmen, welche Teile desselben von der Aufhebung betroffen werden. In diesem Rahmen erlangt die untere Instanz die volle Freiheit der Instruktion und der Beweisführung, und die Parteien haben, entsprechend dem Stadium, in welches der Streit zurückversetzt wurde, Gelegenheit zu neuen Anbringen gemäss § 134.[89])

Rechtskräftig ist das Rückweisungsurteil so weit es reicht. Die Kosten des Rückweisungsentscheides werden in der Regel nicht besonders gesprochen, sondern zur Hauptsache geschlagen.

Das Endurteil in der Sache selbst lautet entweder auf Abweisung der Appellation und Bestätigung des angefochtenen Urteils oder auf Gutheissung der Appellation und Abänderung des angefochtenen Urteils im Rahmen der Appellationsanträge. Ueber die Appellationskosten wird nach den Grundsätzen der §§ 52 ff. entschieden.

Bei Gutheissung der Appellation und Abänderung des angefochtenen Urteils kann es nicht zweifelhaft sein, dass das Appellationsurteil an Stelle des erstinstanzlichen tritt, dieses ersetzt und einzig die Rechtskraft zu beschreiben fähig ist. Jedoch beschreitet das untergerichtliche Urteil in den unangefochtenen Punkten selbständig die Rechtskraft. Aber auch im Falle der Abweisung der Appellation und Gutheissung des angefochtenen Urteils ist es nicht dieses, sondern das bestätigende Appellationsurteil, das an Stelle des angefochtenen die Rechtskraft beschreitet. § 334 macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied und lässt darüber keinen Zweifel übrig.[90])

Die Rechtskraft tritt ein mit der Zustellung des Appellationsurteils an die Parteien (§ 334), sofern nicht Berufung

[89]) *Leuch*, N. 2 zu Art. 352 bern. ZPO, abweichend *Weiss*, S. 131 und 318 für das Verhältnis dem Bundesgericht gegenüber.

[90]) Ueber die diesbez. Theorien in der Literatur vgl. *Weiss*, Die Natur der Berufung (SchwJZ. III, 81 ff., 99 ff.).

an das Bundesgericht noch zulässig ist und sofern nicht im Urteil selbst über die Rechtskraft eine anderweitige Bestimmung enthalten ist. Damit ist dem Obergericht die Befugnis zugesprochen, auch über den Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtskraft eine Entscheidung zu treffen. Soweit die Berufung an das Bundesgericht zulässig ist, tritt die Rechtskraft erst nach unbenutztem Ablauf der Berufungsfrist ein (§ 141). Die Zustellung des Appellationsurteils ist im Gegensatz zu § 95 nach § 334 obligatorisch, auch wenn keine Weiterziehung zulässig ist.

4. Die Rechtsmittel gegen den Appellationsentscheid.

Da der Appellationsentscheid von der höchsten kantonalen Instanz ausgeht, können gegen ihn, sofern nicht eine Weiterziehung vor das Bundesgericht zulässig ist, nur ausserordentliche Rechtsmittel statthaben.

Was die Weiterziehung an das Bundesgericht betrifft, so ist auf Art. 56 ff. BOG zu verweisen, deren Behandlung nicht in den Rahmen dieser Studie gehört [91]) (vgl. übrigens I. 3. und II. 2. hievor). Da jedoch innerhalb der bundesgerichtlichen Wertgrenze nur Haupturteile weiterziehbar sind (Art. 58 BOG), so ist nicht jedes Appellationsurteil in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche weiterziehbar, wenn der Streitwert nach Massgabe der Rechtsbegehren vor der Appellationsinstanz wenigstens Fr. 4000 beträgt. Das gleiche gilt von der Zulässigkeit bei unschützbaren Streitgegenständen (Art. 61 BOG).

Insbesondere liegt ein Haupturteil nicht vor, wenn in appellatorio über ein untergerichtliches Urteil in Vollstreckungsverfahren abgesprochen wird (§§ 353 II, 378 II, 389 III und 392 III). Im Falle des § 383 setzt das Bezirksgericht eine Entschädigungssumme fest, indem es eine urteilsmässig festgestellte Realleistung in eine Geldleistung umwandelt. Ein Haupturteil ist hier über den eingeklagten Anspruch bereits ergangen. Das Gericht fällt somit kein neues Haupturteil mehr, sondern regelt nur die Vollstreckung.[92])

[91]) Vgl. *Reichel*, Komm. zum BOG, und *Weiss*, Die Berufung an das Bundesgericht.

[92]) *Weiss*, S. 36; Die Bundesgerichtspraxis ist schwankend: BE 30 II, 559.

Einen gleichen Schätzungsentscheid des Bezirksgerichtes stellt die Festsetzung einer Geldentschädigung anstelle einer persönlichen Leistung dar (§ 387). Schliesslich wird auch im Falle des § 392 kein Haupturteil gefällt. Das Bezirksgericht entscheidet «streitige Rechtsfragen», die sich aus der Beschwerde gegen Verfügungen des Vollstreckungsbeamten ergeben. Auch hier ist das Haupturteil längst gefällt. Es wird lediglich über Vollstreckungsmodalitäten desselben entschieden.

Ist aber das unterinstanzliche Urteil kein Haupturteil, so kann naturgemäss auch das Appellationsurteil, das dieses Urteil bestätigt oder abändert, kein Haupturteil sein.

Des weitern ist Weiterziehbarkeit an das Bundesgericht unseres Erachtens nicht immer zulässig gegen ein Appellationsurteil im Offenbarungsverfahren (§§ 308 II, 310 II). Das Offenbarungsbegehren ist — wie Keller richtig hervorhebt [93]) — im wesentlichen als ein Begehren aufzufassen, das dahin geht, die Gegenpartei der Parteibefragung zu unterstellen, also ein Beweisantrag. Wird es als selbständiges Begehren (ausserhalb eines Prozesses) gestellt, so ist es eigentlich nichts anderes als eine Art vorsorglicher Beweisaufnahme, die allerdings besonderen Voraussetzungen unterliegt als diejenigen der §§ 233 ff. Ueber ihre Zulässigkeit wird in einem Vorverfahren nach § 308 entschieden mit der Möglichkeit der Weiterziehung. Steht die Zulässigkeit rechtskräftig fest, so wird bei unentschuldigter Säumigkeit des Beklagten an der Offenbarungstagfahrt über die Rechtsnachteile folgendermassen entschieden: Stehen vermögensrechtliche Ansprüche des Offenbarungsklägers gegen einen Dritten in Frage, so wird der Offenbarungsbeklagte als widerspenstiger Zeuge behandelt (§ 310 Ziff. 1); handelt es sich um Ansprüche des Offenbarungsklägers gegen den Offenbarungsbeklagten, so kann der Richter dessen Stillschweigen in dem für die Gegenpartei günstigen Sinne auslegen (§ 310 Ziff. 2).

Der Entscheid über die Zulässigkeit der Offenbarungsklage ist nicht anderes als der Entscheid über einen Beweisantrag, ein Beweisbeschluss. Von einem Haupturteil kann somit keine Rede sein. Was die Entscheidung bei Ausbleiben des Beklagten von der Offenbarungstagfahrt betrifft, so ist der Entscheid, den Beklagten wie einen widerspenstigen Zeugen zu behandeln, sicherlich kein Haupturteil, sondern ein Zwischen-

[93]) *Keller*, N. 3 vor § 304.

entscheid über eine prozessuale Frage, bei dem überdies kein eidgenössisches Recht in Frage kommt. Jedoch ist der Entscheid, der über vermögensrechtliche Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten abspricht (§ 310 Ziff. 2) ein Haupturteil. Nur der Appellationsentscheid im Falle des § 310 Ziff. 2 ist daher u. E. an das Bundesgericht weiterziehbar.

Schliesslich ist auch ein das Wiederherstellungsgesuch abweisendes Urteil und somit das Appellationsurteil in diesem Falle (§ 355) kein Haupturteil, weil es keine meritorische Entscheidung enthält. Auch ein solches Appellationsurteil ist daher nicht weiterziehbar.

Aber auch abgesehen von Vollstreckungs-, Offenbarungs- und Wiederherstellungsurteilen ist nicht jedes Urteil des Appellationsgerichtes in Streitsachen, die an sich weiterziehbar sind, berufungsfähig. Vor allem ist es die Aufhebung und Rückweisung nicht, weil sie — wie bereits hervorgehoben wurde — nur den Charakter eines Zwischenentscheides hat, was auch äusserlich dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Beschlussform hiefür gewählt wird.

Selbst die in Urteilsform ergehenden Entscheide des Appellationsgerichtes sind aber nicht immer Haupturteile im Sinne des Art. 58 BOG. Nach der Definition von Weiss[94]) fällt unter diesen Begriff ein Urteil, das direkt über den materiellen Anspruch entscheidet, ihn gutheisst oder abweist, ferner ein solches, welches dies indirekt tut, namentlich durch Gutheissung einer sogenannten peremptorischen Einrede. Ohne auf diesen Punkt näher einzugehen, der nicht mehr aargauisches Recht betrifft, seien hier nur einige Beispiele solcher Urteile angeführt, die nicht als Haupturteile im Sinne des § 58 BOG zu betrachten sind:

ein die Einrede der Rechtsfähigkeit gutheissender Entscheid;
ein die Prozessfähigkeit verneinender Entscheid;[95])
Entscheide über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels (§ 327).

In den Fällen, in welchen eine Weiterziehung an das Bundesgericht nicht zulässig ist, erwächst das Appellationsurteil sofort mit seiner Zustellung in Rechtskraft (§ 334). Gegen das rechtskräftige Urteil kann unter den Voraussetzungen des § 349 nur noch die Wiederherstellung nachgesucht werden. Der

---

[94]) *Weiss*, S. 44 und die dort zitierte Judikatur des BG.
[95]) *Weiss*, S. 42, a. M. *Reichel*, S. 62 ff. und BE 31 II, 169[1].

Fall des Art. 77 BOG (Aussetzung des bundesgerichtlichen Urteils bis zur Erledigung der Wiederherstellung durch die kantonale Behörde) kann im Aargau nicht praktisch werden, da gegen ein mit Berufung weitergezogenes Urteil die Wiederherstellung überhaupt nicht verlangt werden kann.

Tritt eine Wiederherstellungstatsache gemäss § 349 während der Weiterziehungsfrist an das Bundesgericht ein, so hat sich die interessierte Partei zu entscheiden, ob sie das ordentliche Rechtsmittel (Berufung) oder das ausserordentliche (Wiederherstellung) wählen will. Entscheidet sie sich für das letztere, so hat sie auf die Berufung vorher zu verzichten, da die Wiederherstellung nur gegen rechtskräftige kantonale Urteile verlangt werden kann und gegen rechtskräftige bundesgerichtliche Urteile das kantonale Rechtsmittel der Wiederherstellung, sondern nur mehr die bundesrechtliche Revision nach Art. 192 BZP gegeben ist.[96]) Diese letztere ist aber viel enger begrenzt als die kantonale Wiederherstellung, da sie nur auf neue Beweismittel, nicht auch auf neue Tatsachen gegründet werden kann.

Die Wiederherstellung hat keinen Devolutiveffekt. Das Gesuch ist bei dem erstinstanzlichen Prozessgerichte anzubringen (§ 352). Diese Bestimmung ist dadurch merkwürdig, dass das Untergericht gegebenenfalls über ein von einem Wiederherstellungsgrund getroffenes Appellationsurteil entscheiden und dieses eventuell aufheben kann. Gemäss § 354 hat nämlich das erstinstanzliche Prozessgericht eventuell zu bestimmen, in welcher Lage der frühere Prozess wieder aufgenommen werden soll. Wenn z. B. das Obergericht von Amts wegen einen Sachverständigen beigezogen hat (§ 203) und sein abänderndes Urteil auf dieses Gutachten sich gründet, so müsste das mit dem Wiederherstellungsgesuch befasste Untergericht dieses Urteil aufheben, wenn nachträglich im Strafverfahren das Gutachten als falsches erwiesen wird (§§ 349 lit. c, 354).

Interessant ist auch, dass gegen dieses Urteil des Untergerichtes, das ein Appellationsurteil aufhebt, das Obergericht dann eventuell in appellatorio zu entscheiden hat (§ 355).[97])

Das Rechtsmittel der Erläuterung und Berichtigung eines Urteils kennt die aargauische Zivilprozessordnung nicht. Doch werden in der Praxis Schreib- und Rechnungsfehler

[96]) *Keller*, S. 362.
[97]) Ueber diese Weiterziehbarkeit vgl. *Keller*, N. 1 zu § 354.

sowie sonstige offenbare Unrichtigkeiten, sowohl auf Begehren der Parteien als auch von Amts wegen korrigiert.[98]) Auch auf Erläuterungsgesuche wird eingetreten. In dem auf den Aargau sich beziehenden Bundesgerichtsentscheid 31 I 23 ff. wird die Erläuterungspflicht des urteilenden Richters ausdrücklich statuiert.[99])

[98]) *Keller*, N. 6 vor § 349.
[99]) Vgl. auch *Burkhardt*, Bundesverfassung, S. 640.